



Dott. Cinzia BRUNELLI - NOTAIO
Piazza Orsi Mangelli n. 1 - 47122 FORLÌ (Italy)
Tel. (+39) 0543.31109 - Fax (+39) 0543.25661
C.F. BRN CNZ 55C45 D704X - Partita I.V.A. 01991260405
cbrunelli@notariato.it
<http://www.notaiobrunelli.it>

PORTABILITA' DEL MUTUO

(Art. 8 D.L. 31/1/2007, n. 7, convertito con legge 2/4/2007, n. 40)

PRESUPPOSTI:

1. - esistenza di un contratto di finanziamento;
2. - volontà (diritto) del debitore di trasferire il contratto presso un nuovo istituto di credito;
3. - disponibilità del nuovo istituto di credito a:
 - a) concedere un nuovo mutuo a condizioni contrattuali migliori;
 - b) a "subentrare" nel rapporto obbligatorio precedente;
4. - dovere di comportamento del creditore originario:
 - a) divieto di impedire o rendere più oneroso il diritto del debitore di sostituire il creditore.
 - b) dovere di collaborazione col nuovo creditore

ITER PROCEDIMENTALE

1. - "trasferimento" del mutuo dalla banca precedente al nuovo istituto di credito, che offre condizioni contrattuali migliorative rispetto a quelle iniziali;
2. - surrogazione, per volontà del debitore, del nuovo mutuatario al precedente;
3. - mantenimento di tutte le garanzie personali e reali accessorie al credito surrogato;
4. - mantenimento dei benefici fiscali che assistevano il mutuo originario;
5. - neutralità dell'intera operazione sotto il profilo impositivo fiscale: il nuovo mutuo non sconta l'imposta sostitutiva, né le imposte da questa sostituite (registro, ipotecaria, bollo);
6. - neutralità dell'operazione anche sotto il profilo economico del debitore-mutuatario, al quale non possono essere addebitate né penali né oneri dall'istituto di credito originario, né spese o commissioni da parte della nuova banca per la concessione del nuovo mutuo.

SUBINGRESSO NEL PREESISTENTE CONTRATTO DI MUTUO

=

SURROGAZIONE PER VOLONTA' DEL DEBITORE

ART. 1202 C.C.: *Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di quest'ultimo.*

"La surrogazione ha effetto quando ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;*
- 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;*
- 3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione."*

Elementi caratterizzanti:

- manifestazione di volontà del debitore;
- mutuo di scopo;
- opera di diritto;
- non necessario il consenso del creditore originario.

NATURA GIURIDICA controversa:

- finta cessione;
- estinzione relativa;
- espropriazione del credito;
- speciale forma di pagamento non estintivo;
- fatto estintivo del credito nei confronti del creditore, ma che lo lascia sussistere, all'effetto del regresso, nelle relazioni fra debitore e *solvens*

La dissertazione sulla natura giuridica, concentrata sulle due seguenti principali tesi contrapposte, ha determinato l'inesistente utilizzo dell'istituto, per l'incidenza sulla disciplina civilistica e fiscale applicabile:

TESI N. 1): Successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio

- Variazione soggettiva: - persona del creditore
- Rimangono invariati : - rapporto obbligatorio
- diritti accessori - garanzie (reali e personali)
- le sue eventuali limitazioni (vizi ecc.)
- al terzo sono opponibili le stesse eccezioni opponibili al creditore originario
- terzo può far valere medesimo titolo esecutivo del creditore originario
- identici termini di prescrizione
- profilo processuale: il creditore originario perde la qualità di parte, quindi è escluso litisconsorzio necessario

TESI N. 2): Novazione: estinzione del diritto del creditore originario e nascita di un nuovo diritto

Conseguenze: il contrario di quanto sopra indicato, nonché oneri fiscali per nascita di nuovo mutuo ed estinzione del precedente

AMBITO DI APPLICAZIONE

- **Creditore originario:** intermediari bancari e finanziari (art. 8/1);
enti di previdenza obbligatoria nei rapporti coi loro iscritti (art. 13/8 quaterdecies).

Sono esclusi i finanziamenti concessi da soggetti non professionisti (es. privati).

- **Tipologia di contratto di riferimento:** qualsiasi contratto di finanziamento (mutui, aperture di credito, altri contratti di finanziamento, siano essi fondiari o meno) (art. 8/1), indipendentemente dall'epoca di stipula (prima o dopo l'entrata in vigore del D.L. 7/2007).

Non costituiscono un impedimento alla portabilità la non esigibilità del credito, né la pattuizione di un termine a favore del creditore (art. 8/1).

- **Nuovo contratto:** *solo* contratto di mutuo (di scopo).

Può essere fondiario o meno / erogazione immediata / importo / garanzie/ durata.

- **Creditore surrogato:** nessuna limitazione (intermediari bancari o finanziari, enti di previdenza obbligatoria ed anche privati).

- **Debitore:** la legge non richiede alcun particolare requisito soggettivo. Può essere persona fisica o giuridica, privato o impresa.

Soggetto centrale attorno al quale ruota intero istituto. E' sua l'unica volontà che rileva.

Qualche perplessità per attuale collocazione nel titolo I, dedicato a "*misure urgenti per la tutela dei consumatori*", mentre l'originaria collocazione risultante dai lavori preparatori, prima della pubblicazione del testo sulla G.U., era nel titolo II, dedicato a "*misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza*".

MODALITA' OPERATIVE

collegamento negoziale tra:

1. Nuovo contratto di mutuo
2. Atto di quietanza
3. Consenso a surrogazione

1. - NUOVO CONTRATTO DI MUTUO:

- mutuo di scopo (specificare destinazione della somma mutuata - art. 1202 c.c.)
- parti: nuovo creditore e debitore
- rinegoziazione delle condizioni contrattuali
- erogazione contestuale alla stipula
- data certa (art. 1202 c.c.)
- non necessario intervento del notaio.

Conseguenze per: identità personale dei sottoscrittori
poteri di rappresentanza,
controllo di legalità,
efficacia esecutiva.

"La surrogazione ... comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante..." (art. 8/3-bis)

Elementi immodificabili:

- soggetto passivo del rapporto obbligatorio (debitore);
- ipoteca (importi / durata (teorica) / immobile cauzionale);
- eventuali garanzie accessorie (fideiussioni)
(*quid iuris* per debito di durata superiore?).

Elementi nuovi:

- rinegoziazione delle condizioni contrattuali
(importi, durata, spread, parametro di riferimento, periodicità del rimborso)
- ulteriori e nuove garanzie (reali / personali)

Copia esecutiva: problematiche legate alla N.G.:

TESI N. 1): sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio:

Il contratto originario di mutuo conserva sua efficacia giuridica, compresa valenza di titolo esecutivo. Dovere di collaborazione interbancaria: consegna dal primo creditore al nuovo creditore della copia esecutiva (rilasciabile una sola volta, salvo autorizzazione giudiziale).

TESI N. 2): novazione

Primo mutuo perde efficacia di titolo esecutivo.

Nuovo mutuo può valere come titolo esecutivo solo se riveste forma idonea

Dovere di collaborazione interbancaria.

La surrogazione comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. (art. 8, comma 3-bis, D.L. 7/2007)

Documentazione rilevante per nuovo creditore: perizia, relazione notarile preliminare e definitiva, copia del contratto rilasciata in forma esecutiva.

Discrezionalità del nuovo creditore sul tipo di tutela: accertamenti ipocatastali - costi

Sanzioni per inosservanza: nessuna previsione nel D.L. 7/2007, mentre art. 2, comma 5-quater D.L. 185/2008, sancisce l'inderogabilità delle disposizioni di cui all'art. 8 D.L. 7/2007, comminando per la loro inosservanza, a decorrere dal 1/1/2009, sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire cinquecento milioni.

2. - ATTO DI QUIETANZA:

Parte: creditore originario

Forma: libera (anche scrittura privata non autenticata).

Documento autonomo / o contenuta nel nuovo contratto di mutuo.

Data certa (art. 1202 c.c.)

Criticità su verifica poteri di rappresentanza

3 - SURROGAZIONE

Parte: debitore (art. 1202 c.c.). Indifferente il consenso del creditore originario.

Forma: atto pubblico o scrittura privata autenticata (art. 1202/1 c.c. e art. 8/2 D.L. 7/2007).

Ratio: titolo idoneo per la pubblicità (annotazione).

Documento autonomo / inserita nel nuovo contratto di mutuo.

Menzione della dichiarazione del debitore sulla provenienza della somma mutuata (art. 1202 c.c.)

Natura giuridica dell'annotazione di surroga: *dubbio se*

- valore costitutivo per il perfezionamento del trasferimento della garanzia a favore del creditore surrogato (tesi prevalente)

- valore dichiarativo.

Conseguenze: - se creditore surrogato subentra nella posizione e grado del creditore surrogante;

- se siano opponibili al nuovo creditore le iscrizioni e trascrizioni successive all'iscrizione di ipoteca ma anteriori all'annotazione di surroga;

- in caso di fallimento del debitore, se il trasferimento dell'ipoteca sia efficace nei confronti dei creditori concorrenti per il caso di annotazione di surroga mancante o fatta dopo il fallimento;

Effetti: subentro nelle garanzie (art. 8/3 "il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato.")

COSTI - PROFILI FISCALI

1. - ESTINZIONE DEL MUTUO ORIGINARIO

Nullità di ogni pattuizione, anche posteriore alla conclusione del contratto, incluse le clausole penali, poste a carico del mutuatario per l'estinzione anticipata, totale o parziale, dei seguenti mutui (art. 7 D.L. n. 7/2007):

a) contratti da un mutuatario persona fisica (che agisca o meno nell'esercizio di attività economica o professionale);

b) mutui destinati all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari adibite alternativamente ad abitazione o allo svolgimento dell'attività economica (es. attività di impresa) o professionale del mutuatario (*non si parla di costruzione, né è specificato che debba trattarsi di prima casa o di abitazione principale*);

c) mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del d. lgs. 122/2005.

- Nullità parziale.

Ambito di applicazione:

- contratti di mutuo, con esclusione di tutti gli altri tipi di finanziamento;

- contratti stipulati a decorrere dal 2/2/2007 (data di entrata in vigore del D.L. 7/2007);

- qualunque sia il soggetto mutuante.

Il testo originario del D.L. 7/2007, che menzionava la "banca mutuante", è stato modificato in sede di conversione in legge nella dizione attuale, che è omnicomprensiva di tutti i soggetti mutuanti, compresi quindi anche quelli non bancari (enti previdenziali, finanziarie, soggetti privati).

- mutui accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del d. lgs. 122/2005 (tutela degli acquirenti di immobili da costruire) (art. 7/1 come integrato dall'art. 2, comma 450, lett. a), legge n. 244/2007 - legge finanziaria 2008. L'eventuale penale per l'estinzione anticipata originariamente pattuita e originariamente legittima diviene pertanto *nulla* (rectius inefficace), con efficacia dal 1/1/2008.

2. - COSTO ZERO PER IL MUTUATARIO

- Nullità (parziale) di ogni patto coevo o anche posteriore che precluda o renda più onerosa per il debitore la facoltà di surrogazione (art. 8/3 D.L. 7/2007)

(es. clausole penali o clausole che attribuiscono alla banca creditrice il potere di opporsi alla surrogazione per timore di azioni revocatorie relative al pagamento o per altre cause)

Legittimità delle clausole contrattuali che limitino o impediscano l'adempimento del terzo.

- Divieto di addebitare al cliente spese relative alla predisposizione, produzione, spedizione, o altre spese comunque denominate, relative alle comunicazioni di cui agli articoli 5, 7, 8 e 13, commi da 8-sexies a 8-terdecies, del D.L. 7/2007 (art. 8-bis D.L. 7/2007).

Il titolo "disposizioni a tutela dei cittadini utenti", diverso da quelli utilizzati negli artt. 7 e 8, fa sorgere dubbi sul suo ambito di applicazione: sembrano esclusi i finanziamenti concessi dagli enti previdenziali, per il mancato richiamo dell'art. 13, comma 8-*quaterdecies*.

- La surrogazione comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi." (art. 8, comma 3-bis, D.L. 7/2007)

Accertamenti ipo-catastali. eventualità

- La perplessità se, nelle "*spese e commissioni*" e "*costi connessi*" per la concessione del nuovo mutuo rientri anche l'onorario notarile degli atti la cui redazione venga affidata ad un notaio, ha trovato risposta positiva in:

1) lettera 17/3/2008 inviata dal Ministero dello Sviluppo Economico all'ABI, e poi trasmessa agli associati con lettera 15/4/2008, prot. CR/002205.

2) Convenzione MEF-ABI del 19/6/2008, in tema di rinegoziazione obbligatoria dei mutui: l'art. 6, terzo comma, accomuna la rinegoziazione dei mutui alla portabilità nel dichiararle esenti da imposte e tasse di qualsiasi genere e aggiunge che la clientele interessata:

a) non sostiene alcun costo amministrativo, ivi incluse commissioni bancarie, conseguenti alle operazioni di rinegoziazione e per tutta la durata residua del mutuo, anche sulle eventuali rate aggiuntive finali;

b) non sostiene altresì costi notarili, ove mai necessario l'intervento del notaio.

3) Nota 22/12/2008 indirizzata dalla Banca d'Italia al Consiglio Notarile di Bari, chiamata ad esprimersi su una clausola contrattuale inserita dalla BNL nelle bozze-tipo di contratto secondo cui "le spese di perizia tecnica e quelle notarili verrebbero integralmente rimborsate dalla Banca alla parte mutuataria", si esprime nel senso che la normativa sulla portabilità dei finanziamenti ex art. 8, L. 40/2007 "non appare consentire l'apposizione di alcun onere economico, neanche di carattere temporaneo, a carico dell'utenza per l'esperimento della procedura di portabilità.

4) Nota 5/1/2009 del Ministero dello Sviluppo Economico, indirizzata al medesimo Consiglio Notarile, nella quale la modalità di rimborso delle spese relative all'operazione di surrogazione, indicata dalla predetta Banca, nella forma di anticipazione della parte mutuataria delle stesse spese, comprese quelle di perizia tecnica e notarili, a fronte delle relative fatture, non pare conforme alle disposizioni" in tema di portabilità del mutuo.

5) Art. 2, comma 1-bis, D.L. 29/11/2008, n. 185, come modificato dalla legge 28/1/2009, n. 2:

a. - gratuità dell'intervento notarile (con il solo rimborso delle spese) limitatamente all'autentica di firma su atto di surrogazione di mutui per i quali ricorrano i seguenti requisiti :

- mutui *prima casa* (aventi per scopo l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale);
 - mutui *contratti entro il 12/2/2009*;
 - mutui per il cui mutuatario sia prevista la *rinegoziazione obbligatoria*.
- b.** - gli atti collegati alla surrogazione (ossia la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca) devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione;
- c.** - per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti al notaio, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente.

5. - L'Antitrust ha multato Barclays Bank per 1,015 milioni di euro (marzo 2009) per aver:

- ostacolato la portabilità dei mutui
- impedito o reso parzialmente oneroso per i consumatori la portabilità attiva;
- aver addebitato (in parte) al consumatore i costi notarili.

3. - IMPOSTE

All'annotazione di surrogazione:

- non si applica l'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 D.P.R. 601/73 (art. 8, comma 4-*bis*, D.L. 7/2007);
- non si applicano le imposte indicate nell'art. 15 D.P.R. 601/73d: le imposte "sostituite" dall'imposta sostitutiva (registro, bollo, imposte ipotecarie e catastali, tasse sulle concessioni governative);
- si applica la tassa ipotecaria (pari ad € 35,00) (Agenzia Territorio Circ. 23 maggio 2007, Prot. n. 41076, e Circ. 21 giugno 2007, n. 9).

Presupposto per questo trattamento fiscale: finanziamento a medio e lungo termine ex art. 15 D.P.R. 601/73. In caso contrario imposta ipotecaria del 2% e bollo ordinario.

4. - BENEFICI FISCALI

La surrogazione per volontà del debitore e la ricontrattazione non comportano il venir meno dei benefici fiscali (art. 8, comma 4, D.L. 7/2007): rif. detrazione fiscale dalle imposte sui redditi degli interessi passivi sui mutui.

MUTUI - LA PORTABILITA'

La norma che più interessa in questa sede è senz'altro l'art. 8 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, il cui iter normativo, nelle tre diverse versioni finora succedutesi nel tempo, è illuminante per comprendere il percorso logico seguito dal legislatore.

1) La prima versione dell'art. 8 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (pubblicato sulla G.U. n. 26 del 1° febbraio 2007), recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, così recitava:

"ART. 8 - Portabilità del mutuo; surrogazione.

1. In caso di mutuo bancario, apertura di credito od altri contratti di finanziamento bancario, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.

2. Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

3. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1.

4. La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa."

2) In sede di conversione del suddetto decreto legge, con modificazioni, con **legge 2 aprile 2007, n. 40** (pubblicata sulla G.U. n. 91/L del 2 aprile 2007, n. 77), recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli", il testo dell'art. 8, entrato in vigore il 3 aprile 2007, è così divenuto:

"ART. 8 - Portabilità del mutuo; surrogazione.

1. In caso di mutuo bancario, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.

2. Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

3. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto.

4. La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa."

4-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, né le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto.

4-ter. All'onere derivante dall'attuazione del comma 4-bis, valutato in 2,5 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2007, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2007-2009, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2007, allo scopo parzialmente utilizzando, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2007 e a decorrere dall'anno 2009, l'accantonamento relativo al medesimo Ministero e, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2008, l'accantonamento relativo al Ministero della solidarietà sociale.

4-quater. Il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri derivanti dall'applicazione del comma 4-bis, anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 11-ter, comma 7, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e trasmette alle Camere, corredati da apposite relazioni, gli eventuali decreti emanati ai sensi dell'articolo 7, secondo comma, numero 2), della citata legge n. 468 del 1978. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio."

La conversione in legge del D.L. 7/2007:

- amplia il raggio di applicazione del nuovo istituto cd. della portabilità del mutuo, ai contratti di finanziamento non solo bancari;

- precisa che la nullità dei patti che impediscano o rendano più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione non si trasmette all'intero contratto;
- detta una disciplina fiscale dell'istituto più articolata e precisa a maggior tutela del debitore.

3) Da ultimo, in ordine di tempo il suddetto art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, è stato modificato dall'**art. 2, comma 450**, lett. b), c) ed e) della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (**legge finanziaria 2008**), nel modo seguente:

"ART. 8 - Portabilità del mutuo; surrogazione.

1. *In caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari e finanziari, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.*

2. *Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.*

3. *È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto. Resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata.*

3-bis. *La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi.*

4. *La surrogazione per volontà del debitore e la ricontrattazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali.*

4-bis. *Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, né le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto.*

4-ter. *All'onere derivante dall'attuazione del comma 4-bis, valutato in 2,5 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2007, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2007-2009, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2007, allo scopo parzialmente utilizzando, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2007 e a decorrere dall'anno 2009, l'accantonamento relativo al medesimo Ministero e, quanto a 2,5 milioni di euro per l'anno 2008, l'accantonamento relativo al Ministero della solidarietà sociale.*

4-quater. *Il Ministro dell'economia e delle finanze provvede al monitoraggio degli oneri derivanti dall'applicazione del comma 4-bis, anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 11-ter, comma 7, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, e trasmette alle Camere, corredati da apposite relazioni, gli eventuali decreti emanati ai sensi dell'articolo 7, secondo comma, numero 2), della citata legge n. 468 del 1978. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio."*

Le **novità** introdotte con la **legge finanziaria 2008** (art. 2, comma 450, della legge 24/12/2007, n. 244) possono riassumersi nella previsione di un'ulteriore semplificazione della procedura di cd. "portabilità" dei mutui ipotecari e precisamente, in estrema sintesi, nelle previsioni che qui di seguito si elencano.

1. – E' stato introdotto il comma 3-bis dell'art. 8, a norma del quale la surrogazione per volontà del debitore comporta, secondo l'interpretazione che ne dà il legislatore, stesso, una successione ex lege del nuovo creditore mutuante rispetto al precedente nel medesimo contratto di mutuo. E' infatti espressamente previsto il trasferimento del contratto esistente, ma alle condizioni contrattuali stipulate tra il cliente e la banca subentrante. E' poi testualmente prevista, nella novella legislativa, la necessaria esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura riferiti all'estinzione del mutuo precedente ed all'accensione del nuovo.

La prima diretta conseguenza che ne deriva è il trasferimento, insieme col mutuo originario, non solo delle garanzie (art. 8, comma 2), ma più in generale dell'intero rapporto contrattuale, compresa l'efficacia di titolo esecutivo.

La nuova previsione normativa introdotta con la legge finanziaria 2008 vieta inoltre espressamente di imporre al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, prevedendo uno svolgimento dell'iter secondo procedure di collaborazione in-

terbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi.

Il legislatore non tralascia neppure il riferimento al dovere di collaborazione interbancaria, da cui si desume un obbligo del precedente mutuante di fornire al nuovo soggetto mutuante tutta la documentazione relativa all'istruttoria della prima pratica di mutuo e che sia rilevante ai fini del trasferimento del rapporto contrattuale. Si tratta, nello specifico, dei seguenti documenti: perizia, relazione notarile ipocatastale ventennale, relazione notarile definitiva, copia del contratto rilasciata in forma esecutiva.

2. – L'art. 2, comma 450, lett. b), della legge 24/12/2007, n. 244, ha aggiunto un ulteriore periodo al terzo comma, con previsione espressa della cd. rinegoziazione del contratto di mutuo e precisazione della sua neutralità fiscale. Il nuovo quarto comma dell'art. 8 D.L. 7/2007 dispone, infatti, che la ricontrattazione rientri tra le operazioni che, al pari della surrogazione per volontà del debitore, non comportano il venir meno dei benefici fiscali.

3. – E' infine stato aumentato, per effetto della legge finanziaria 2008 (art. 1, comma 202, della legge 24/12/2007, n. 244), l'importo degli interessi passivi detraibili dall'imposta lorda IRPEF da Lire 7.000.000 ad Euro 4.000,00.

Ultimo in ordine di tempo è intervenuto l'art. 2, comma 3, del **D.L. 1 luglio 2009, n. 78**, convertito con legge 3/8/2009, n. 102, che ha modificato l'art. 2, comma 5-quater, del D.L. 29/11/2008, n. 185, nel senso di sanzionare il ritardo colpevole nel perfezionarsi della surrogazione.

E' infatti previsto che *nel caso in cui la surrogazione del mutuo prevista dall'art. 8 del D.L. 7/2008, non si perfezioni entro il termine di trenta giorni dalla data della richiesta da parte della banca cessionaria alla banca cedente dell'avvio delle procedure di collaborazione interbancarie ai fini dell'operazione di surrogazione, la banca cedente è comunque tenuta a risarcire il cliente in misura pari all'1% del valore del mutuo per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per la banca cedente di rivalersi sulla banca cessionaria nel caso il ritardo sia dovuto a cause imputabili a quest'ultima.*

I termini utilizzati dal legislatore con riferimento ai soggetti coinvolti ("banca cedente" e "banca cessionaria") non possono essere intesi in senso tecnico, altrimenti la norma risulterebbe costituzionalmente illegittima se paragonata alla più ampia portata dell'art. 8 del D.L. 7/2007, che si riferisce anche a soggetti mutuanti diversi dalle banche e ad intermediari finanziari.

Al di là del lodevole intento del legislatore di sanzionare il mancato rispetto del dovere di collaborazione interbancaria, rimangono alcune incertezze interpretative non di secondaria importanza.

In primo luogo non è scontato che sia di facile individuazione il *dies a quo* previsto per la decorrenza del termine stesso: la norma si limita a prevedere che il termine di 30 giorni decorra dalla richiesta della banca cessionaria alla banca cedente e non dalla richiesta di mutuo effettuata dalla parte mutuataria alla banca cessionaria. Nulla dice tuttavia il legislatore in ordine alle modalità della richiesta, né se il termine decorra dalla spedizione della richiesta o dal suo ricevimento.

In ordine poi all'importo del risarcimento previsto, la norma parla dell'1% del valore del mutuo, senza precisare se si tratti dell'importo originario del mutuo surrogato o piuttosto dell'importo residuo dello stesso.

Il termine di 30 giorni per il perfezionamento dell'operazione di surrogazione indurrebbe a fare riferimento - come completamento della stessa - all'annotazione a margine dell'ipoteca, che rappresenta l'elemento costitutivo con cui si perfeziona appunto la surrogazione. I ben diversi e più ampi termini previsti tuttavia per la suddetta annotazione (90 giorni concessi al conservatore dei registri immobiliari per eseguire l'annotazione) potrebbero condurre allora a fare riferimento alla stipulazione dell'atto come termine di riferimento. Anche questa interpretazione, tuttavia, fa sorgere notevoli perplessità, se solo si pensi al fatto che l'operazione di surrogazione può concludersi con atti separati e/o al fatto che solo il consenso a surrogazione richiede la forma autentica notarile.

Il legislatore prevede che la sanzione gravi comunque sulla banca cedente, salvo la possibilità della stessa di rivalersi sulla banca cessionaria in caso di ritardo imputabile a quest'ultima.

Esame della disciplina vigente risultante dalle modifiche sopra elencate.

L'art. 8 del D.L. 7/2007 introduce nel nostro ordinamento, con norma imperativa e pertanto inderogabile, la previsione e la disciplina del nuovo istituto giuridico definito dal legislatore stesso come "portabilità del mutuo".

Si tratta di un procedimento che presuppone:

- l'esistenza di un contratto di finanziamento preesistente;
- la volontà del debitore di trasferire il contratto presso un nuovo istituto di credito;
- la disponibilità del nuovo istituto di credito a migliorare le condizioni contrattuali preesistenti ed a "surbentrare" nel rapporto.

In presenza dei suddetti presupposti, è attribuito al debitore il potere - riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico - di realizzare il suo interesse a migliorare le condizioni contrattuali trasferendo - in

totale assenza di oneri e/o svantaggi economici a suo carico - un mutuo già esistente presso un nuovo istituto di credito.

Il titolo dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007 "portabilità del mutuo; surrogazione" contiene un neologismo giuridico - "*portabilità*" - sconosciuto al nostro ordinamento fino all'entrata in vigore di tale normativa.

Il termine "portabilità" sta a significare possibilità di portare, di trasportare, di trasferire un mutuo ed il soggetto cui è riconosciuto dal legislatore il diritto che ne consegue è soltanto il soggetto passivo del rapporto obbligatorio, ossia il debitore-mutuatario.

Portabilità significa quindi trasferimento di un contratto di mutuo (o più precisamente di un contratto di finanziamento) da un soggetto mutuante ad altro soggetto mutuante, come è stato poi precisato, con l'utilizzo di tali termini, dal legislatore in occasione della finanziaria 2008: il comma 3-*bis* dell'art. 8, introdotto dall'art. 2, comma 450, lett. c), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, usa infatti proprio la terminologia "trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il *cliente* e la *banca subentrante*."

Fino all'entrata in vigore dell'art. 8 D.L. 7/2007, la più frequente prassi operativa adottata, nei casi di ricorso ad un diverso istituto di credito per migliorare le condizioni contrattuali di un contratto di finanziamento già in ammortamento, si realizzava attraverso il seguente *iter* procedurale:

- stipulazione di un nuovo contratto di mutuo con un diverso istituto di credito, garantito da una iscrizione ipotecaria *ad hoc*;
- contestuale estinzione del rapporto col precedente istituto di credito, che, ricevendo il pagamento del debito residuo relativo al primo mutuo, ne rilascia quietanza e presta consenso a cancellazione dell'iscrizione ipotecaria a suo favore.

Se, sotto il profilo giuridico, tale prassi operativa non presenta nessun inconveniente di rilievo per le parti contrattuali ed è ancora di assoluta attualità, sotto il profilo economico, invece, risulta penalizzante per il debitore, tenuto ad accollarsi i nuovi costi fiscali conseguenti.

La ratio della norma - gli obiettivi del legislatore. La nuova normativa qui in esame si propone di facilitare l'operazione di portabilità del mutuo privilegiando gli interessi sia giuridici che economici del soggetto debole del rapporto contrattuale (il debitore mutuatario), nei suoi diversi profili:

- tentativo di ricondurre parzialmente ad equità un rapporto contrattuale caratterizzato da un potere contrattuale squilibrato fra le parti;
- tutelare il soggetto debole del rapporto contrattuale, rafforzando il suo potere contrattuale di rinegoziazione;
- incentivare la competitività nel settore dei finanziamenti erogati dai professionisti del credito¹.

Nella prospettiva di consentire al mutuatario il conseguimento di questi obiettivi, l'iter procedimentale suggerito dal legislatore è, a grandi linee, il seguente:

- "trasferimento" del mutuo dalla banca precedente ad un nuovo istituto di credito, che offra condizioni contrattuali migliorative rispetto a quelle iniziali;
- surrogazione, per volontà del debitore, del nuovo mutuatario al precedente;
- mantenimento di tutte le garanzie personali e reali accessorie al credito surrogato;
- mantenimento dei benefici fiscali che assistevano il mutuo originario;
- neutralità dell'intera operazione sotto il profilo impositivo fiscale: il nuovo mutuo non sconta l'imposta sostitutiva, né le imposte da questa sostituite (registro, ipotecaria, bollo);
- neutralità dell'operazione anche sotto il profilo economico del debitore-mutuatario, al quale non possono essere addebitate né penali né oneri dall'istituto di credito originario, né spese o commissioni da parte della nuova banca per la concessione del nuovo mutuo.

In altri termini estremamente sintetici, si potrebbe dire che, a fronte di un diritto del debitore-mutuatario di trasferire il mutuo presso l'istituto di credito che conceda condizioni contrattuali meno onerose, è previsto un dovere dei due creditori interessati di portare a termine l'operazione in termini di collaborazione interbancaria e di assoluta neutralità economica per il debitore.

Da un lato così l'istituto bancario originario si troverà a dover fare la scelta tra concedere una ricontrattazione del mutuo in essere a migliori condizioni economiche o piuttosto perdere il cliente senza alcun costo per lo stesso e con in più il dovere di collaborare per la buona riuscita dell'operazione; dall'altro lato, il nuovo istituto di credito si troverà nella possibilità di acquisire un nuovo cliente, con l'onere tut-

¹ Vi è chi osserva come la riforma apra anche la possibilità di un nuovo segmento di mercato nel settore dei servizi bancari e finanziari, ossia il mercato della ristrutturazione dei finanziamenti e della surrogazione di nuovi intermediari ai vecchi. In tal senso A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento*, in *I contratti*, 2007, 5, 453 ss.

tavia di sobbarcarsene tutti i costi relativi e di percorrere – come vedremo - un *iter* procedurale allo stato non perfettamente garantista.

Se tale risulta essere la fisiologia dell'istituto, nulla vieta comunque che le motivazioni che inducono il debitore alla portabilità del mutuo possano essere diverse da quelle del miglioramento delle condizioni contrattuali. E' infatti del tutto irrilevante, sotto il profilo giuridico, la motivazione che può indurre il debitore a "cambiare" banca. Sotto questo profilo, appare infatti meramente eventuale l'ulteriore presupposto della non attuabilità di una rinegoziazione del medesimo con lo stesso istituto di credito.

Si potrebbe infatti anche realizzare l'ipotesi che la portabilità del mutuo sia dovuta ad interessi del debitore diversi dal miglioramento delle condizioni contrattuali, e quindi in teoria, possa comportare il mantenimento delle medesime condizioni o addirittura il peggioramento delle stesse a fronte di vantaggi di diversa natura.

La cd. portabilità del mutuo si traduce in una facoltà rimessa alla totale discrezionalità del debitore, ossia del soggetto passivo del rapporto obbligatorio, a fronte della quale si verifica un'inversione nei ruoli usuali dello stesso.

Infatti, mentre nel rapporto obbligatorio che nasce da un contratto di mutuo emerge il comportamento del soggetto passivo (il debitore) tenuto a una determinata condotta (prestazione patrimoniale di dare) nei confronti del creditore - titolare di una pretesa - nella portabilità del mutuo si assiste invece ad un'inversione di ruoli.

Il creditore soggiace infatti alla pretesa del debitore di trasferire il mutuo ed è tenuto ad un vero e proprio dovere di comportamento i cui connotati sono delineati dallo stesso legislatore nel modo seguente:

- divieto di impedire o rendere più oneroso il diritto del debitore di sostituire il creditore (art. 8, comma 3);
- dovere di collaborazione col nuovo creditore (art. 8, comma 3-bis).

IL SUBINGRESSO NEL PREESISTENTE CONTRATTO DI MUTUO; RAPPORTI CON IL NUOVO MUTUO.

Lo strumento che il legislatore del 2007 ha indicato nell'ottica di favorire, sia sotto l'aspetto giuridico che sotto l'aspetto economico, il procedimento di portabilità dei mutui è quello della surrogazione per volontà del debitore, disciplinata dall'art. 1202 c.c..

Si tratta di un istituto "storico" quanto ad appartenenza al nostro ordinamento giuridico, ma che ha trovato fino ad ora scarsissima applicazione pratica - a differenza dagli altri tipi di surrogazione previsti dal legislatore (surrogazione legale e surrogazione per volontà del creditore) - probabilmente a causa sia del complesso procedimento che ne deriva, sia della sua tuttora controversa natura giuridica, da cui discende un dubbio inquadramento civilistico e un ancora più incerto trattamento fiscale.

Pur non essendo questa la sede per una disamina esauriente ed approfondita dell'istituto della surrogazione per volontà del debitore, non pare possa prescindersi da brevi cenni che saranno d'ausilio nell'interpretazione del nuovo istituto introdotto col D.L. n. 7/2007.

Il pagamento con surrogazione nel codice civile del 1942.

La surrogazione per pagamento può trovare la sua fonte nella volontà delle parti di un rapporto obbligatorio (sia del creditore ex art. 1201 c.c., sia del debitore ex art. 1202 c.c.) o anche nella legge (art. 1203 c.c.). Si tratta di tre istituti giuridici accomunati dalla medesima disciplina, indipendentemente dalla fonte da cui traggono origine.

La **surrogazione per volontà del debitore**, cui l'art. 8 D.L. 7/2007 fa rinvio, trova la sua disciplina giuridica negli artt. 1201, 1202, 1203, 1204 e 1205 c.c. della sezione II del Capo II (dell'adempimento delle obbligazioni) del Titolo I, libro quarto del codice civile, dedicato alle obbligazioni.

A norma dell'art. 1202 c.c., *"il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di"* quest'ultimo.

"La surrogazione ha effetto quando ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) *che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;*
- 2) *che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;*

3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione."

Come è stato correttamente osservato, "la dichiarazione di surroga da parte del debitore è una manifestazione negoziale ed il mutuo, che è alla base di questa operazione giuridica, ha natura di *mutuo di scopo*, in quanto deve avere, secondo il testo legislativo, la "specifica destinazione" di pagare il debito del mutuatario. Se, poi, vi sono più mutuatari, la surrogazione opera solo nei confronti di chi è stato indicato dal debitore."²

Sottolineando il fatto che in questa fattispecie il pagamento proviene dal debitore, si ritiene che si interrompa la prescrizione del credito³.

La surrogazione per pagamento per volontà del debitore richiede un'espressa manifestazione di volontà del debitore in tal senso, mentre non necessita del consenso del creditore precedente, in quanto ha luogo di diritto.

E' espressamente prevista – salvo patto contrario - e pertanto ammessa anche la **surrogazione parziale**, che si verifica nel caso appunto di pagamento parziale del mutuo preesistente (art. 1205 c.c.).

Al di là di quanto può far pensare l'inquadramento sistematico nel codice civile, il pagamento con surrogazione non consiste in un particolare tipo di adempimento di un'obbligazione - concretizzandosi nel normale adempimento costituito dal pagamento - ma piuttosto comporta, al verificarsi di determinati presupposti, un effetto giuridico particolare, ossia la sostituzione del terzo - che adempie - nei diritti del creditore originario.

Per evidenti motivi, il pagamento con surrogazione può trovar luogo soltanto in caso di obbligazioni di dare aventi per oggetto cose fungibili.⁴

Differenza da figure simili. La surrogazione – che si verifica solo quando l'obbligazione preesistente sia adempiuta - si differenzia dalla **cessione del credito**, che presuppone invece un'obbligazione ancora da adempiere.

Il prezzo della cessione del credito (a titolo oneroso), infatti, non ha effetto solutorio dell'obbligazione originaria, ma piuttosto funzione di corrispettivo per la cessione e, come tale, può essere anche di ammontare diverso dal credito e persino corrisposta in un momento successivo.

Le finalità dei due istituti sono inoltre diverse: un'esigenza di circolazione del credito da un lato, la tutela dell'interesse al regresso del *solvens* nell'altro.

Natura giuridica. La natura giuridica del pagamento con surrogazione è stata analizzata dalla dottrina con risultati spesso divergenti. Si è così parlato di finta cessione, di estinzione relativa, di espropriazione del credito, di una speciale forma di pagamento non estintivo o ancora di un fatto estintivo del credito nei confronti del creditore, ma che lo lascia sussistere, all'effetto del regresso, nelle relazioni fra debitore e *solvens*⁵. Al di là di queste differenti posizioni, che tengono conto di diverse sensibilità giuridiche, la dissertazione sulla natura giuridica dell'istituto è concentrata su due principali tesi contrapposte.

1. - Secondo la dottrina tradizionale⁶, il pagamento con surrogazione realizza una vera e propria successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio: il nuovo creditore si sostituisce al creditore originario (o precedente). Si verifica così una vera e propria successione nel credito, nel senso che il rapporto obbligatorio rimane invariato - nonostante il mutamento soggettivo nella persona del creditore - con le

² C. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit.

³ CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit.

⁴ Cfr. CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993.

⁵ Per una disamina più approfondita dell'istituto, non possibile in questa sede, si rinvia, oltre agli autori citati alle note che seguono, a CANNATA – PROSPERETTI – VISENTINI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 156; D'AVANZO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Codice civile, Commentario, Libro delle obbligazioni*, I, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, p. 57; GIANOLA, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 233; MANGAZZU', *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1519.

⁶ CARPINO, *Surrogazione (Pagamento con)*, in *Nss.D.I.*, XVIII, Torino, 1971, p. 964 ss. ed anche *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, artt. 1201-1205, Bologna-Roma, 1988, il quale giustifica il permanere dell'obbligazione originaria considerando che l'adempimento de quo non è sufficiente ad estinguere l'obbligazione originaria, essendo finalizzato ma piuttosto all'estromissione del creditore originario ed alla sostituzione del solvens a quest'ultimo; NOBILI, *Le obbligazioni*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2001, p. 75 ss.; TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985, p. 453; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, p. 582.

sue garanzie, ma anche con le sue eventuali limitazioni (es. presenza di vizi), nonché anche ai fini della prescrizione.

In altri termini, un atto non negoziale, un fatto quale può essere il pagamento di un'obbligazione con provvista fornita da un soggetto diverso dal debitore, comporta come effetto giuridico - nell'ottica di un mero criterio di economicità nei traffici giuridici - una variazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio, con conseguente trasferimento al *solvens* del medesimo diritto spettante al creditore originario.

Il terzo che ha fornito la provvista si surroga (si sostituisce) così nel medesimo diritto di cui era titolare il creditore originario, come si evince, ad esempio, dall'art. 1204 c.c. che prevede, in caso di surrogazione, il permanere dei diritti accessori al credito originario.

Sotto un altro profilo, si può pertanto affermare che scopo della surrogazione consiste nel trasferire al terzo, che abbia adempiuto, i medesimi diritti del creditore originario, in modo che, subentrandogli, possa esercitare le azioni che già spettavano a quest'ultimo.

2. - Secondo altra dottrina⁷, invece, il pagamento con surrogazione comporta l'estinzione del diritto del creditore originario e la nascita di un diritto nuovo in capo al creditore surrogato. Alcuni parlano a questo proposito di diritto di indennizzo in capo al *solvens*, riconoscendogli un'efficacia maggiore rispetto al diritto di regresso, in quanto ad esso accedono le garanzie che assistevano il credito estinto.

Effetti del pagamento con surrogazione.

La *querelle* sulla natura giuridica dell'istituto, lungi dall'essere una mera dissertazione teorica fine a se stessa, non ha ancora trovato un punto d'arrivo condiviso, nonostante sia molto datata – per il suo approssimativo secolo di vita – trovando origine in epoca addirittura precedente all'entrata in vigore del codice civile del 1942. E' proprio questa incertezza sulla natura giuridica, con buona approssimazione, la principale imputata cui attribuire la responsabilità del pressoché inesistente utilizzo dell'istituto, per le rilevantissime conseguenze che si ripercuotono sulla disciplina civilistica e sulla disciplina fiscale applicabile.

Si pensi soltanto alle conseguenze più immediate che derivano dal diverso inquadramento giuridico dell'istituto della surrogazione per volontà del debitore.

Se si ritiene, infatti, che il rapporto obbligatorio prosegua, senza soluzione di continuità, con la sola sostituzione del nuovo creditore al precedente, ossia che si verifichi una fattispecie di successione nel medesimo diritto di credito, tutto ciò significa neutralità fiscale dell'operazione, ma significa anche che⁸:

- il credito si trasmette con gli accessori connessi, con gli stessi diritti di garanzia reali e/o personali (art. 1204 c.c.)⁹;
- al terzo sono opponibili le stesse eccezioni che erano opponibili al creditore originario¹⁰;
- il terzo assume le medesime responsabilità del creditore originario;
- sotto il profilo processuale, si verifica la successione a titolo particolare nel diritto controverso prevista dall'art. 111 c.p.c., mentre non si realizza un'ipotesi di litisconsorzio necessario, in quanto il creditore, per effetto della surrogazione, perde la qualità di parte;
- il terzo può far valere il medesimo titolo esecutivo di cui fosse munito il creditore originario.

Se viceversa si ritiene che l'obbligazione preesistente si estingua e che il nuovo mutuo costituisca novazione nel rapporto obbligatorio, quest'ultimo nasce svincolato dalle caratteristiche del rapporto precedente e, oltre a non produrre gli effetti sopra descritti, sconterà gli oneri fiscali conseguenti alla nascita del nuovo mutuo ed all'estinzione del precedente.

La surrogazione per volontà del debitore nel D.L. 7/2007.

Il rinvio all'art. 1202 c.c. contenuto nell'art. 8 del D.L. n. 7/2007 è stato inteso, dai primi commentatori, come introduzione di una disciplina speciale di applicazione dell'istituto.¹¹

La specialità deriva soprattutto dai seguenti particolari connotati estranei alla disciplina generale dettata dal codice civile:

⁷ BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 220; NICOLO', *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 99 ss.

⁸ Cfr. CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, cit.

⁹ E' stato osservato che fra i terzi garanti "che hanno prestato garanzia per il debitore" cui si riferisce l'art. 1204 c.c. non rientra il fideiussore, il quale pertanto non può subentrare nella titolarità del credito per surrogazione laddove abbia adempiuto l'obbligazione quale soggetto obbligato in virtù di un distinto rapporto di fideiussione (Cass. 29 gennaio 1997, n. 916).

¹⁰ Cass. 30 marzo 1981, n. 1818.

¹¹ Cfr. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza (cd. Bersani - bis)* in CNN Notizie 30/1/2007.

- il campo di applicazione non è riferibile a qualsiasi tipo di rapporto obbligatorio (come per l'art. 1202 c.c.), ma è esclusivamente ristretto alle posizioni debitorie derivanti da contratti di finanziamento;
- il finanziamento preesistente deve essere concesso da intermediari bancari e finanziari, mentre per l'art. 1202 c.c. è del tutto indifferente la qualifica del soggetto attivo del rapporto obbligatorio;
- le due figure in esame sono accomunate dal fatto che la provvista deve provenire da un mutuo – e non da un finanziamento di tipo diverso, quale potrebbe essere ad es. un'apertura di credito - ma il nuovo soggetto attivo del rapporto, ai sensi dell'art. 8 D.L. 7/2007 deve essere un soggetto bancario o finanziario, come si ricava dai commi 3-bis e 4 dell'art 8 D.L. 7/2007, che fa riferimento al mantenimento dei benefici fiscali, mentre per l'art. 1202 c.c. è ancora una volta indifferente la qualifica di tale soggetto;
- non costituiscono ostacolo alla surrogazione la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore;
- si rileva poi una diversa tipologia delle garanzie che assistono il credito *de quo*: solo nella surrogazione ex art. 8 D.L. 7/2007 è imprescindibile la presenza di garanzie di carattere reale (ex art. 8, comma 2).

Con l'entrata in vigore della novella legislativa sono invece rimaste del tutto aperte le questioni fondamentali collegate all'inquadramento giuridico dell'istituto, ossia:

- se detta surrogazione comporti o meno l'estinzione del mutuo preesistente, o se piuttosto vi sia coesistenza dei due rapporti di mutuo;
- se, conseguentemente, il debitore possa opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario.

La novella legislativa, soprattutto nella sua prima versione, non è di particolare ausilio nella risoluzione della questione, limitandosi a prevedere il subentro del nuovo creditore nelle garanzie accessorie al credito surrogato.

Non manca così tra i primi commentatori chi si è espresso nel senso di ritenere che il primo contratto di finanziamento (di valuta) si estingue, ne sopravvivono le sole garanzie ed il nuovo contratto di provvista rimane l'unico contratto efficace che regola il rapporto obbligatorio col debitore¹²

Ma al proposito si osserva che, se ci fosse veramente novazione, il nuovo contratto di provvista, svincolato ex lege da qualsiasi tipo di forma richiesta, potrebbe non essere idoneo come titolo esecutivo.

Le modifiche introdotte invece dalla legge finanziaria 2008 e segnatamente il comma 3-bis dell'art. 8 del D.L. n. 7/2007, possono essere invece lette in chiave di interpretazione autentica della natura giuridica che il legislatore ha inteso attribuire alla nuova figura, nella parte in cui parla espressamente di "trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante".

Pare ora più verosimile pertanto la lettura dell'istituto in chiave di successione nel medesimo contratto.

- Ambito di applicazione della novella legislativa.

a) Creditore originario e tipologia di contratti di riferimento.

L'art. 8, primo comma, del D.L. 7/2007, convertito in legge 40/2007, nella sua versione attuale, si riferisce, sotto il profilo oggettivo di applicazione proprio del contratto già esistente, a qualsiasi contratto di finanziamento, quindi non soltanto ai mutui, ma anche alle aperture di credito – espressamente menzionate dalla norma – e, più in generale, a tutti gli *altri contratti di finanziamento*, siano essi fondari o meno.

La norma è caratterizzata da un ambito di applicazione più ampio rispetto alle altre disposizioni del decreto legge n. 7/2007 in materia analoga, quali gli artt. 7 e 13 commi 8-*sexies* e seguenti, che si riferiscono esclusivamente ai contratti di mutuo.

A questo proposito, è significativo il fatto che la prima stesura della norma, ossia l'art. 8 del D.L. 7/2007 nella sua versione iniziale, precedente alla conversione in legge, si riferiva esclusivamente ai contratti di finanziamento bancario. La legge di conversione n. 40/2007, invece, ne ha esteso l'ambito applicativo a tutti i contratti di finanziamento erogati da intermediari bancari e finanziari intendendo così estenderne l'operatività al di fuori dei finanziamenti concessi da banche¹³.

¹² Cfr. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza (cd. Bersani - bis)*, cit.

¹³ Sul punto l'Agenzia del Territorio, con Circolare n. 9 del 21 giugno 2007, precisa che le disposizioni in materia di portabilità trovano applicazione anche per i finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti.

Si ritiene invece che i richiami contenuti nei commi successivi dell'art. 8 al solo contratto di mutuo (nel comma 3 si parla di "contratto di mutuo in essere" e nel comma 3-*bis* di "contratto di mutuo esistente") siano imputabili ad un'mera imprecisione terminologica, stante il chiaro dettato del primo comma e le modifiche introdotte con la legge di conversione del D.L. 7/2007.

E' invece del tutto indifferente lo scopo cui il mutuo preesistente fosse destinato, a differenza di quanto previsto invece per il divieto di clausole penali previsto dall'art. 7 del medesimo provvedimento, la cui applicazione è limitata ai soli contratti di mutuo che rientrino nelle finalità¹⁴ indicate dalla norma.

Il profilo soggettivo attivo dell'ambito operativo dell'art. 8 fa riferimento al soggetto mutuante originario, individuandolo non solo nelle banche, ma più in generale negli intermediari bancari e finanziari.

L'art. 13, comma 8-*quaterdecies* del D.L. n. 7/2007 estende poi la medesima disciplina anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti.

Rimangono pertanto esclusi i finanziamenti concessi da soggetti non professionisti, quali ad esempio i privati.

Il silenzio del legislatore sulla previsione di una disciplina transitoria *ad hoc* per l'istituto in commento ed il fatto che lo stesso legislatore *ubi voluit dixit*¹⁵, induce a ritenere che l'art. 8 riguardi non solo i contratti di finanziamento stipulati nel vigore del D.L. n. 7/2007, ma anche i contratti stipulati in precedenza e pertanto già esistenti ed in esecuzione¹⁶.

E' di tutta evidenza, comunque, con riferimento a questi ultimi, che la novella legislativa incide nel senso di rendere inefficaci le eventuali clausole che limitino o precludano al debitore la facoltà di avvalersi del diritto alla cd. portabilità del mutuo, non potendo parlarsi di nullità per clausole che erano perfettamente legittime nel momento in cui furono convenute.

b) Creditore surrogato e relativo contratto.

A differenza della ben più ampia previsione appena esaminata relativa al finanziamento originario, il rinvio che l'art. 8 D.L. 7/2007 fa all'istituto previsto dall'art. 1202 c.c. può essere interpretato nel solo senso ristretto indicato da quest'ultima norma, ossia il nuovo finanziamento può essere soltanto un contratto di mutuo e non assumere forme diverse, quale potrebbe essere ad esempio un'apertura di credito.

Di conseguenza il nuovo finanziamento non può rivestire forma contrattuale diversa dal mutuo e deve essere anche un mutuo di scopo, ossia finalizzato all'estinzione del mutuo precedente.

In conformità a questa interpretazione ed a conferma della stessa, lo stesso art. 8, comma 2, parla di "mutuante surrogato" e l'art. 8, comma 3-*bis*, di "nuovo mutuo".

La norma in commento non contiene invece alcuna limitazione nella scelta del nuovo soggetto mutuante: per aversi portabilità del mutuo nel senso indicato dal legislatore, il debitore può pertanto rivolgersi indifferentemente a intermediari bancari o finanziari, enti di previdenza, ma anche a soggetti non professionisti nel settore del credito, quali possono essere privati.

La norma non richiede, invece, alcuna menzione specifica, nel nuovo atto di mutuo, circa lo scopo cui lo stesso è destinato, anche se appare quanto meno tuzioristico inserire un'indicazione espressa.

La norma non pone neppure nessun requisito particolare per il nuovo mutuo. Potrà quindi trattarsi indifferentemente di mutuo fondiario o meno, purché nel rispetto dei limiti di finanziabilità previsti dalla legge nel primo caso e purché la scelta sia compatibile sia con le regole proprie del mutuo prescelto, sia con l'esigenza di invertire l'ordine dei diversi *step* procedurali: non più iscrizione di ipoteca ed erogazione posticipata nel momento in cui l'ipoteca si consolida, ma erogazione immediata e annotazione di surrogazione posticipata.

Non è previsto neppure nessun rapporto matematico fra mutuo preesistente e nuovo mutuo, che potrà essere di quell'importo che le parti interessate concordino e non necessariamente di importo pari al residuo debito da estinguere. Nulla esclude, in linea teorica, che il nuovo mutuo possa essere di importo anche superiore al debito preesistente da rimborsare, ma va da sé che il limite di finanziabilità concesso dalla nuova banca sarà necessariamente rapportato alla capienza dell'ipoteca iscritta di cui

¹⁴ L'art. 7 del D.L. 7/2007 prevede il divieto di clausole penali per i soli contratti di mutuo finalizzati all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche.

¹⁵ Nel medesimo D.L. 7/2007, infatti, è espressamente sancita l'applicabilità dell'art. 7 - in tema di estinzione anticipata dei mutui - ai soli contratti stipulati a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento legislativo, con esclusione pertanto dei contratti già esistenti.

¹⁶ Cfr. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza (cd. Bersani - bis)*, cit.

si chiede la surrogazione. Tale capienza andrà valutata secondo le regole interne del nuovo istituto di credito, che possono essere improntate a criteri diversi da quelli dell'istituto finanziatore precedente. Non esiste neppure nessuna correlazione tra la durata del mutuo preesistente e la durata del nuovo mutuo, che potrebbe essere anche superiore. In tal caso, l'ipoteca originaria rimarrà a garantire il nuovo debito eventualmente con una rinnovazione della stessa e comunque fino a quando il nuovo istituto mutuante non sia soddisfatto nelle sue ragioni creditorie, anche se la durata inizialmente prevista per l'ipoteca risultasse inferiore.

c) Debitore.

La norma in commento non contiene nessun riferimento a particolari requisiti soggettivi richiesti per il soggetto passivo del rapporto obbligatorio: secondo il tenore letterale della norma, pertanto, la facoltà di avvalersi del procedimento di portabilità del mutuo disciplinato dall'art. 8 d.l. 7/2007 sembra pertanto possa essere esercitata, nel silenzio del legislatore, da qualsiasi soggetto passivo del rapporto obbligatorio, sia esso persona fisica, che persona giuridica, sia esso semplice privato che impresa.

A questo proposito, l'attuale collocazione della norma, tuttavia, all'interno del D.L. n. 7/2007, fa emergere qualche perplessità. L'originaria collocazione nel testo del provvedimento diffuso prima della sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, era nel titolo II, dedicato a "misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza". Nella versione definitiva del provvedimento, invece, l'art. 8, al pari degli altri articoli dedicati al mutuo (art. 7 sull'estinzione anticipata e da ultimo l'art. 8-*bis* introdotto dalla legge finanziaria 2008) ha trovato definitiva collocazione nel titolo I dedicato a "misure urgenti per la tutela dei consumatori".

Questo spostamento da un titolo all'altro, risultante peraltro dai lavori preparatori, induce l'interprete ad interrogarsi sul fatto che l'art. 8 sia dedicato alla sola tutela dei debitori che rivestano anche la qualifica di consumatori, con esclusione dei soggetti finanziati che non rientrino in tale categoria (per tutti, le imprese).

La collocazione sistematica della norma nel capo dedicato al contratto dei consumatori - ossia al contratto caratterizzato dalla presenza di un contraente forte "professionale" - non pare tuttavia assurgere ad elemento decisivo e discriminante sotto questo profilo, sia per il suo tenore letterale, che non lascia oggettivamente aperti margini di esclusione nei confronti di alcun utente dei servizi finanziari, sia per il tecnicismo giuridico che connota l'intero provvedimento e lascia troppo spesso a desiderare, come verrà sottolineato nel prosieguo, per poter essere interpretato come decisivo.

Al riguardo, si è evidenziato come la debolezza tutelata sia non tanto politico-sociale, quanto piuttosto informativa e di forza contrattuale¹⁷

Il debitore diviene il soggetto centrale attorno a cui ruota l'intero istituto.

Nell'ambito del rapporto contrattuale esistente, infatti, l'unica volontà che rileva, ai fini dell'applicazione della disciplina in commento, è quella del debitore. Il creditore originario, invece, non ha alcun diritto di impedire la portabilità del finanziamento, con surrogazione del nuovo creditore nei suoi diritti; anzi, è posto a carico del creditore originario – come verrà meglio precisato di seguito – un vero e proprio dovere di collaborazione interbancaria.

La tutela riservata al debitore nel D.L. n. 7/2007 si estende a 360 gradi, potenziando le prerogative allo stesso riconosciute dall'art. 1202 c.c..

Nel primo comma dell'art. 8 D.L. 7/2007, infatti, il legislatore prevede che non siano di impedimento all'esercizio del diritto del debitore alla surrogazione neppure l'inesigibilità del credito, né la previsione di un termine di rimborso a favore del creditore. Come ulteriore corollario al principio appena esposto, il terzo comma dell'art. 8 commina la nullità per qualsiasi patto, coevo o successivo alla stipulazione del contratto di finanziamento, che impedisca o renda anche solo più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione.

- Modalità operative.

A norma di quanto disposto dall'art. 1202 c.c. e come ampiamente ed esaustivamente esplicitato dall'Agenzia del Territorio¹⁸, per potersi avere surrogazione per volontà del debitore devono ricorrere i seguenti elementi:

- necessaria interdipendenza tra il mutuo contratto per estinguere il mutuo preesistente ed il pagamento di quest'ultimo. Questa interdipendenza deve risultare in un duplice modo: nel nuovo atto di mutuo (che è quindi necessariamente un mutuo di scopo¹⁹) deve essere indicata espressamente la specifica

¹⁷ A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento*, cit., 453 ss.

¹⁸ Cfr. Circolare n. 9 del 21 giugno 2007.

¹⁹ A questo proposito, l'Agenzia del Territorio osserva che "l'adempimento dello scopo assume carattere prevalente nel rapporto col nuovo istituto mutuante" (Circ. n. 9 in data 21 giugno 2007).

destinazione della somma mutuata e nella quietanza rilasciata dal precedente mutuatario deve risultare la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento;

- entrambi gli atti di nuovo mutuo e di quietanza devono avere data certa;
- l'annotazione di surrogazione a margine dell'ipoteca originaria costituisce elemento integrativo ed indispensabile per il perfezionamento del trasferimento della garanzia ipotecaria a favore del terzo surrogato, avendo tale annotazione, presso un altro istituto di credito ex art. 2843 c.c., valore costitutivo in ordine alla trasmissione dell'ipoteca che rimane priva di effetto fino a quando l'annotazione non sia eseguita.

- Effetti della surrogazione. - Il subentro nelle garanzie

La novella modifica il preesistente panorama legislativo stabilendo che il creditore (mutuante) surrogato subentri nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato (art. 8, comma 2).

Si tratta di una previsione in linea con quanto previsto dall'art. 1204, primo comma, c.c., a norma del quale la surrogazione ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore e del tutto analoga a quanto dettato dall'art. 1263 c.c. in tema di cessione dei crediti.

Tuttavia, mentre la normativa sulla surrogazione disciplinata dagli artt. 1202 e seguenti c.c. è di carattere generale e non entra nel merito delle garanzie che possono assistere il credito, il legislatore del decreto n. 7/2007 si è invece occupato della imprescindibile specificità delle garanzie soprattutto reali che assistono i contratti di finanziamento e necessitano di adeguate forme di pubblicità che rendano opponibile ai terzi la surrogazione.

Nel fare rinvio all'istituto della surrogazione per volontà del debitore, il legislatore del 2007 ha tenuto presente la disciplina codicista che prevede anche la relativa annotazione a margine dell'ipoteca originaria, ma ha purtroppo trascurato di occuparsi di quella che costituisce una delle principali questioni irrisolte, ossia la sua efficacia.

Al pari della natura giuridica della surrogazione, infatti, altrettanto discussa e pertanto fonte di incertezze applicative è l'efficacia dell'annotazione che ne deriva, ossia se la stessa abbia efficacia dichiarativa o piuttosto costitutiva. Dalla diversa natura che le si voglia riconoscere, dipende la soluzione delle problematiche che concorrono a connotare il tipo di rischio che viene assunto dal creditore surrogato e precisamente:

- se il creditore surrogato subentri nella posizione e nel grado del creditore surrogante;
- se siano o meno opponibili al nuovo creditore le iscrizioni e le trascrizioni successive all'iscrizione dell'ipoteca, ma anteriori all'annotazione di surrogazione;
- se, in caso di fallimento del debitore, il trasferimento dell'ipoteca sia o meno efficace nei confronti dei creditori concorrenti, qualora non sia stata effettuata l'annotazione della surrogazione oppure sia stata effettuata dopo il fallimento.

A norma di quanto si può desumere dall'art. 2843, comma 2, c.c. e conformemente all'interpretazione assolutamente prevalente della giurisprudenza²⁰, all'annotazione²¹ in parola è attribuita efficacia costitutiva del trasferimento dell'ipoteca.

Ne consegue che tale annotazione "configura un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento stesso"²² e pertanto non manterrebbe il grado dell'ipoteca originaria e sarebbero opponibili al creditore surrogato i titoli trascritti prima dell'annotazione *de quo*.

²⁰ Cass. 27/12/1963, n. 3222; Cass. 7/5/1992, n. 5420, in *Vita Not.* 1992, 1172; Cass. 23/3/1995, n. 3387; Cass. 12/9/1997, n. 9023, in *Vita Not.* 1998, 929; Cass. 21/3/2003, n. 4137; Cass. 26/7/2004, n. 14003; Cass. 6/9/2004 n. 18188; Cass. 29/3/2006, n. 7236. Sul punto si sottolinea tuttavia come l'opinione prevalente della giurisprudenza si sia formata attraverso l'esame di fattispecie accomunate dalla presenza di un conflitto fra i diritti del creditore surrogato e quelli della massa dei creditori del fallimento del debitore.

Quest'ottica ha indotto a trascurare e pertanto esaminare l'eventuale opponibilità dell'annotazione di surrogazione a soggetti diversi dalla massa dei creditori del fallito e, pertanto, ha condotto a conclusioni che avrebbero potuto essere diverse se solo si fosse attribuita la giusta importanza a interessi diversi da quelli presi in esame.

Sul punto cfr. l'interessante disamina della problematica affrontata da E. BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, atti del Convegno *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, editi da Il Sole 24 Ore, 2008, p. 106.

²¹ Si segnala l'imprecisione del termine "annotamento" utilizzato dal legislatore nel secondo comma dell'art. 8 D.L. n. 7/2007, il cui termine tecnicamente corretto è invece "annotazione" a norma di quanto previsto dall'art. 2843 c.c.

²² A questo proposito, stante il valore costitutivo attribuito all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, la Circ. Agenzia del territorio 23 maggio 2007, Prot. n. 41076, richiama l'attenzione degli uffici "sull'esigenza di curare la tempestiva esecuzione delle formalità in esame".

Tutto ciò contribuisce a rendere insicura la circolazione dell'ipoteca e a disincentivare l'utilizzo del nuovo istituto della portabilità del mutuo, coerentemente con quanto avvenuto fino ad ora con la surrogazione per volontà del debitore²³.

LE PROBLEMATICHE CIVILISTICHE NASCENTI DALL'ART. 1202 DEL CODICE CIVILE E DALL'ART. 8 DEL D.L. N. 7/2007.

La normativa in commento, che si inserisce nella linea delle liberalizzazioni fortemente propugnate dal legislatore nell'arco temporale compreso tra l'estate del 2006 e la fine del 2007, sconta il grave limite di un'assoluta mancanza di quel tecnicismo giuridico che connota invece il nostro ordinamento, con la conseguenza che, a fronte delle conclamate finalità perseguite (semplificazione procedurale, con contemporanea economia di tempi ed oneri economici) si appalesa del tutto inadeguata allo scopo prefissato.

Così il pur meritorio intento di semplificazione procedurale si traduce, nella realtà dei fatti, in una introduzione tanto approssimativa quanto inadeguata di indicazioni frammentarie del tutto incoerenti rispetto al sistema giuridico nel quale avrebbero la pretesa di inserirsi.

Ne deriva l'assoluta incertezza applicativa della nuova normativa, a cui fa da contraltare eguale incertezza circa l'*an* ed il *quando* dell'obiettivo perseguito, con l'aggravante di una sconcertante assenza di garantismo di tutti i legittimi interessi e diritti delle parti in causa.

Fra le problematiche civilistiche nascenti dalla nuova figura definita "portabilità del mutuo" merita un cenno particolare l'evidente discrasia tra strumento utilizzato dal legislatore ed obiettivo perseguito, discrasia che emerge in più punti del decreto Bersani-*bis*, tra i quali anche l'art. 8 qui in commento del d.l. n. 7/2007, che conduce ad un risultato inevitabilmente diverso e lontano dalle intenzioni del legislatore²⁴.

Nel pur encomiabile intento di semplificazione e di tutela - in questo caso economica - del contraente debole, il legislatore ha suggerito l'utilizzo di un istituto - quello della surrogazione per volontà del debitore - che non è entrato nel meccanismo consuetudinario di gestione dei rapporti di credito per le mai risolte difficoltà di inquadramento giuridico e risvolti fiscali conseguenti.

Ci troviamo così di fronte all'utilizzo di uno strumento che richiede quanto meno l'interpretazione autentica delle sue conseguenze giuridiche (*in primis* l'estinzione o meno del rapporto di finanziamento originario) e che va - per assurdo - a scatenare, nella dichiarata ottica di semplificazione, complicazioni... a catena!

La questione più spinosa che l'interprete si trova ad affrontare è senza dubbio quella della **natura giuridica della surrogazione** per volontà del debitore, che potrebbe comportare una mera sostituzione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio o piuttosto una novazione dello stesso. Al riguardo si rinvia a quanto già sopra osservato.

A ciò si affianca la problematica mai risolta della **natura giuridica dell'efficacia dell'annotazione di surrogazione** a margine dell'ipoteca originaria e la problematica relativa al regime di **opponibilità delle eccezioni**.

Si tratta di questioni tutte di fondamentale rilevanza, purtroppo mai risolte con riferimento alla surrogazione per volontà del creditore che costituisce proprio lo strumento individuato dal legislatore del 2007 per veicolare nel nostro ordinamento la cd. portabilità del mutuo.

Questa scelta legislativa a metà, ossia senza affrontare e risolvere *in primis* le problematiche interpretative che hanno pregiudicato l'utilizzo dell'istituto prescelto, è potenzialmente idonea a pregiudicare, per gli stessi identici motivi, il successo dell'applicazione del nuovo istituto, per il semplice motivo che la soluzione di tutte le sopra indicate questioni concorre a qualificare e connotare il rischio che assume il nuovo creditore²⁵.

Una delle maggiori difficoltà interpretative che scaturisce poi dalla normativa in commento riguarda l'individuazione dell'**iter procedurale** strumentale al risultato che si intende conseguire.

²³ Sul punto cfr. P. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di cd. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, atti del Convegno *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, editi da Il Sole 24 Ore, 2008, p. 100 ss., il quale sottolinea l'assoluta incompatibilità tra efficacia costitutiva dell'annotazione da un lato e previsione del trasferimento delle garanzie accessorie al credito dall'altro.

²⁴ Sul punto cfr. le condivisibili osservazioni contenute nell'editoriale di G. MARICONDA, *Bersani: le considerazioni e la proposta del Notariato*, in *Notariato*, 2007, 4, pag. 369.

²⁵ Sul punto Cfr. P. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di cd. portabilità del mutuo bancario o finanziario*, cit., il quale definisce inefficace la nuova normativa proprio perché trascura questioni decisive per il successo dell'applicazione dell'istituto della portabilità del mutuo, quali l'efficacia dell'annotazione ed il regime di opponibilità delle eccezioni.

La frammentarietà delle indicazioni fornite dal legislatore porta alla prospettazione di un ventaglio di diverse possibilità procedurali, la cui scelta è connessa all'imprescindibile esigenza della piena consapevolezza, in capo a ciascuna delle parti cui la scelta è affidata, dei possibili vantaggi, ma anche e soprattutto dei limiti e dei rischi connessi.

La cd. portabilità del mutuo – il cui precipuo obiettivo è evitare il perpetuarsi, per l'eccessiva onerosità, del tradizionale meccanismo di cancellazione della precedente ipoteca e stipula di un nuovo mutuo – può quindi attuarsi attraverso una serie di negozi giuridici tra loro necessariamente collegati, ma che possono assumere configurazioni molto diverse tra loro.

Pochi sono i punti fermi da cui la disamina può prendere avvio:

- la surrogazione, che attribuisce l'imprescindibile efficacia costitutiva al trasferimento dell'ipoteca, deve essere annotata a margine dell'ipoteca iscritta a garanzia del primo mutuo, tramite la produzione di un titolo che, per essere idoneo alla pubblicità cui è preordinato, deve rivestire per lo meno la forma della scrittura privata autenticata (art. 8, comma 2);

- la stipulazione del nuovo mutuo può essere posta in essere anche mediante una scrittura privata non autenticata, come sottolineato ora dalle modifiche introdotte dalla legge finanziaria (art. 8, comma 3).

Fermo rimanendo il fatto che la cd. portabilità del mutuo presuppone:

- la preesistenza di un mutuo garantito ipotecariamente;

- l'accordo con una nuova banca sulle nuove condizioni contrattuali;

- la collaborazione della prima banca sia a prestare quietanza del mutuo originariamente concesso, sia a prestare il consenso a surrogazione, sia a trasmettere tutta la documentazione (istruttoria, accertamenti ipocatastali, copia esecutiva del contratto) relativa al mutuo originario, per il resto, tutto è lasciato alla valutazione delle parti interessate.

Si possono così teoricamente "scegliere" *iter* procedurali tra loro molto diversi.

a) Se la quietanza del creditore originario sarà contestuale al nuovo contratto di mutuo (soluzione questa quanto meno auspicabile), il nuovo creditore sarà posto in condizione di erogare la somma e ricevere quietanza in merito allo scopo cui è destinata. E' prevedibile comunque ipotizzare che il creditore originario che "perde" un cliente, al di là della sua impossibilità di impedire al debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione (art. 8, comma 1, D.L. n. 7/2007) e del suo dovere di rilasciare quietanza (ex art. 1202 c.c.), non ha certamente alcun interesse ad agevolare l'operazione. A questo proposito si riduce quasi ad un mero auspicio il dovere di collaborazione interbancaria - peraltro non sanzionato - introdotto nel nuovo comma 3-ter dell'art. 8 D.L. n. 7/2007 dalla legge finanziaria 2008.

b) E' invece prevedibile doversi confrontare con un inevitabile lasso temporale tra erogazione del nuovo mutuo da un lato, e quietanza della somma da parte dell'istituto bancario originario nonché consegna dei documenti collegati alle garanzie accessorie dall'altro lato. Questo lasso temporale può dipendere non necessariamente da ostruzionismo da parte dell'istituto di credito originario, ma anche molto semplicemente da oggettiva impossibilità di far convergere nello stesso luogo e nello stesso tempo i diversi soggetti coinvolti.

In tale eventualità, l'intervallo di tempo fra conclusione del nuovo contratto di mutuo e quietanza da parte del creditore originario incide sensibilmente sul margine di rischio che assume il nuovo creditore relativamente al concreto utilizzo, da parte del debitore, della somma concessa allo scopo precipuo cui è destinata ossia estinguere il debito nei confronti del finanziatore originario.

Una tutela ipotizzabile in tale evenienza è suggerita già dai primi commentatori, nel senso di "programmare l'operazione in modo da non erogare concretamente, bensì sostituirsi al debitore e realizzare per lui pagamento e surrogazione"²⁶. Lo strumento idoneo per consentire al nuovo creditore il controllo della effettiva destinazione della somma mutuata potrebbe essere quello del mandato con rappresentanza *in rem propriam*. Con tale contratto, disciplinato dagli artt. 1703 ss. c.c., il debitore conferisce al nuovo creditore il potere di pagare, con la provvista del nuovo mutuo, il debito originario e di surrogarsi nei diritti del vecchio creditore. Si tratterebbe, più in particolare, di un mandato necessariamente *in rem propriam*, per il suo specifico contenuto, ossia conferito anche nell'interesse del mandatario (ex art. 1723, secondo comma, cc.)²⁷.

Auspicabilmente dovrebbe essere anche un mandato con rappresentanza, ossia con conferimento al creditore del potere di agire in nome del mandante, in modo che gli effetti degli atti compiuti dal nuovo creditore-mandatario si riflettano direttamente ed immediatamente nella sfera giuridica del debitore, senza necessità di successivo ulteriore trasferimento. Diversamente, il ricorso al mandato senza rap-

²⁶ A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento*, cit., 468 ss.

²⁷ Al riguardo si precisa che il pagamento che verrebbe effettuato in tal caso dal creditore surrogato al vecchio creditore non integra la fattispecie prevista dall'art. 1180 c.c. (adempimento del terzo) in quanto il nuovo creditore agisce non in nome proprio, ma in nome e per conto del debitore, in virtù del contratto di mandato.

Contra: A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento*, cit., 469 ss., che parla invece di adempimento che proviene dal terzo in luogo del debitore.

presentanza incrementerebbe la frammentarietà e la complessità di un *iter* procedimentale già abbastanza complesso.

c) In ognuno dei precedenti casi, comunque, rimane sempre un lasso temporale - purtroppo di difficile quantificazione - tra erogazione della somma da parte del nuovo istituto di credito e costituzione della garanzia reale a garanzia del rimborso della stessa.

Ferma restando - come si è detto - l'imprescindibile necessità che il nuovo mutuo venga erogato come primo *step* dell'intero *iter* procedimentale, anche in mancanza di una contestuale quietanza del soggetto finale cui è destinata (il primo creditore) e persino contro le regole proprie del credito fondiario, rimane il fatto che il subentro nelle garanzie reali è perfezionato con l'annotazione della surrogazione, la quale può ritenersi rivestire efficacia costitutiva, sempre che si aderisca a tale tesi. Al di là del fatto che nessun termine per tale adempimento è previsto dal legislatore del D.L. n. 7/2007, sotto questo profilo l'istituto della surrogazione si appalesa del tutto inadeguato nel fornire una garanzia tempestiva ed efficace.

Infatti l'annotazione²⁸ per surrogazione a margine dell'ipoteca è gestita dalle Agenzie del territorio con i tempi e le modalità propri di tale forma di pubblicità, profondamente diversi da quelli propri delle trascrizioni e delle iscrizioni²⁹.

Trattandosi di formalità complementari ed accessorie rispetto alle formalità (trascrizione o iscrizione) cui si riferiscono, non solo richiedono da parte degli uffici un esame formale e sostanziale che non può esaurirsi nella presentazione allo sportello, coinvolgendo anche il controllo sulla esattezza della formalità di riferimento, ma sono anche sottratte al principio della priorità ossia dell'attribuzione del numero progressivo, al momento della presentazione della domanda, nel registro generale d'ordine ai sensi dell'art. 2678 c.c.

Ciò comporta che l'ufficio non è obbligato ad eseguire o rifiutare la formalità in giornata, ma si limita a registrare le domande di annotazione in un registro appositamente istituito per questo tipo di formalità. Una volta esaurito l'esame della domanda di annotazione ed il controllo della formalità di riferimento da parte dell'ufficio, questo provvederà a liquidare l'imposta dovuta ed a comunicarla al contribuente. Solo a pagamento avvenuto, l'ufficio attribuirà alla domanda di annotazione il numero progressivo nella giornata in cui esegue l'annotazione.

L'unico termine previsto per la conclusione del procedimento di annotazione a margine delle formalità ipotecarie rimane quello di novanta giorni fissato dal punto 2 della Tabella allegata al regolamento di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In questo lasso temporale, è evidente che, fino all'annotazione della surrogazione, la nuova banca mutuante non si trova ad essere tutelata da una garanzia reale opponibile ai terzi, con tutti i rischi che possono derivare da altri gravami pregiudizievoli che vengano iscritti nel periodo - che potenzialmente può prorogarsi anche per qualche mese - intercorrente tra la quietanza della somma da parte della prima banca e l'annotazione di surrogazione³⁰.

Inoltre in questa fase transitoria è teoricamente possibile anche che la banca mutuante originaria, una volta ricevuto il saldo del suo credito, attivi inopinatamente la procedura di cancellazione automatica delle ipoteche conseguente all'estinzione del debito, in analogia a quanto previsto dal medesimo D.L. 7/2007, art. 13, procedura potenzialmente idonea a giungere alla sua conclusione prima che venga eseguita l'annotazione prevista per la surrogazione, per i tempi più ristretti imposti dalla legge nel primo caso.

Ne conseguirebbe che il nuovo istituto mutuante si troverebbe di fronte alla spiacevole sorpresa di non subentrare in alcuna garanzia reale, se quella precedente venisse annotata di cancellazione prima che di surrogazione. Non rimarrebbe allora altro rimedio che iscrivere una nuova ipoteca, salvo l'eventuale richiesta di risarcimento danni nei confronti del primo istituto mutuante.

Una diversa problematica che l'interprete si trova poi ad affrontare nell'esame della normativa riguarda il significato della locuzione "senza formalità" contenuta nel secondo comma dell'art. 8 e riferita alle modalità di richiesta dell'annotazione.

Ci si chiede infatti cosa abbia inteso esattamente stabilire il legislatore nel prevedere che l'annotazione di surrogazione *possa essere richiesta al conservatore senza formalità*.

²⁸ A norma di quanto previsto dall'art. 19 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, "le annotazioni previste dalla legge sono eseguite in calce alle note originali di cui all'articolo 2664 del codice civile mediante indicazione della natura, della data e del numero particolare della formalità di annotazione.

²⁹ Sulle modalità di gestione delle domande di annotazione, si rinvia alla Circolare Ministero delle Finanze - Direzione generale tasse e II.II. sugli affari in data 18 ottobre 1986, n. 65. Sul punto cfr. anche A. ETTORRE - S. IUDICA, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale*, Milano, 2007, pag. 490 ss.

³⁰ Sul punto si fa rinvio alle più ampie osservazioni svolte da P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 5, p. 529 ss.

Si potrebbe intendere che l'annotazione possa essere richiesta senza necessità di presentare all'Agenzia del Territorio *alcun* titolo, ma subito dopo il legislatore fa riferimento ad un atto pubblico o scrittura privata e - di più - richiedendone una *copia autentica*.

Data per accertata l'imprescindibile necessità di un titolo, si innesta a questo punto l'ulteriore questione interpretativa relativa ai **requisiti formali del titolo**.

E' di tutta evidenza che la scrittura privata debba necessariamente rivestire la forma della scrittura privata autenticata, anche in assenza di una espressa indicazione in tal senso della norma *de quo*, in quanto tale è la forma minima prevista per dare alla stessa pubblicità immobiliare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2656, 2657, 2658, 2843 comma 3, 2835, 2836 c.c.

Essendo questo un principio cardine del sistema di pubblicità immobiliare proprio del nostro ordinamento, lo stesso non può certo ritenersi derogato in mancanza di un'espressa previsione del legislatore in tal senso.

Se non fosse così, ne deriverebbero notevoli problemi connessi al controllo di legalità e di legittimazione del soggetto che rilascia quietanza.

La previsione del legislatore secondo cui l'annotazione di surrogazione viene effettuata dietro presentazione di una *copia autentica* del titolo ricalca sostanzialmente altre previsioni simili interpretate in tal senso, ossia di riferimento ad atto pubblico o scrittura privata autenticata³¹:

- art. 2300, comma 2, c.c.: la pubblicità nel registro imprese delle modificazione di un atto costitutivo di società di persone è subordinata alla presentazione di copia autentica del titolo;

- art. 2821 c.c.: la concessione di ipoteca può farsi per atto pubblico o scrittura privata, il cui titolo per l'iscrizione (e per l'annotazione) (art. 2843 c.c.) deve risultare da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (art. 2835 c.c.).

A questo proposito, si sottolinea il conforme parere dell'Agenzia del Territorio³², la quale, rilevando come l'art. 8, comma 2, non evidenzi contenuti innovativi rispetto alla disciplina codicistica, conclude nel senso che "i requisiti formali del titolo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2843, terzo comma, sono quelli delineati dagli articoli 2835 e 2836 del codice civile (che prevedono quale requisito minimo di forma l'atto pubblico ovvero la scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente)".

Il requisito della **data certa** richiesto poi dall'art. 1202 c.c. sia per il nuovo mutuo che per la quietanza rilasciata dal creditore originario sarà a sua volta connaturato alla forma qualificata prevista per l'eseguibilità della formalità ipotecaria di annotazione³³.

La previsione **senza formalità** non può pertanto essere riferita che ad aspetti diversi da quello appena esaminato dell'esistenza di un titolo e della sua forma, aspetti che potrebbero essere individuati nella *non necessità della redazione*, su apposito supporto informatico, *della domanda di annotazione*, nel senso che la richiesta al conservatore di procedere all'annotazione potrebbe essere presentata anche in modo del tutto informale

Questa lettura già suggerita dai primi commentatori della novella legislativa³⁴, ha poi trovato conferma nell'opinione espressa dall'Agenzia del Territorio³⁵, secondo la quale la locuzione "*senza formalità*" di cui al comma 2 dell'art. 8, "lascia trasparire l'intento del legislatore, nell'ottica generale di semplificazione e alleggerimento degli adempimenti posti a carico del consumatore-contribuente, di introdurre una nuova ipotesi di formalità eseguibile d'ufficio, analogamente a quanto avviene" in materia di ipoteca legale (art. 2834 c.c.), trascrizione di fondo patrimoniale costituito per testamento (art. 2647 c.c.) o annotazioni ex art. 113-ter disp. att. c.c. Si tratta quindi di un'espressione utilizzata in senso tecnico, in quanto l'annotazione costituisce essa stessa una *formalità* che viene eseguita dal conservatore dietro presentazione di una nota (*rectius*: domanda) e di un titolo idoneo.

Concludendo, quindi, la precisazione che la disposizione in esame richiede espressamente l'allegazione della copia autentica del titolo, induce a ritenere che l'espressione "*senza formalità*" non possa riferirsi che alla non necessità per il soggetto di presentare all'ufficio una nota (domanda di annotazione), la quale pertanto dovrà essere predisposta d'ufficio dal conservatore³⁶.

³¹ PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile - primo semestre 2007*, in *Notariato*, 2007, 5, p. 584 ss. ed anche www.gaetanopetrelli.it; Circ. Agenzia del territorio 23 maggio 2007, Prot. n. 41076.

³² Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 23 maggio 2007, prot. n. 41076. Nello stesso senso Circ. Agenzia del Territorio n. 9 del 21 giugno 2007.

³³ In tal senso Circ. Agenzia del Territorio n. 9 del 21 giugno 2007.

³⁴ Cfr. PETRELLI, *Mutui ipotecari bancari: il nuovo decreto Bersani-bis*, in *Notariato*, 2007, 1, p. 118.

³⁵ Cfr. Circ. Agenzia del Territorio 23 maggio 2007, prot. n. 41076. Nello stesso senso Circ. Agenzia del Territorio n. 9 del 21 giugno 2007.

³⁶ Cfr. Agenzia del territorio, Circ. n. 9 del 21 giugno 2007; PETRELLI, *Mutui ipotecari bancari: il nuovo decreto Bersani-bis*, in *Notariato*, 2007, 1, p. 118.

LE MODIFICHE CONTRATTUALI CONVENUTE TRA IL MUTUATARIO E LA NUOVA BANCA MUTUANTE; CASISTICA.

Il contenuto del nuovo mutuo è rimesso all'autonomia contrattuale delle parti interessate, nei confronti della quale è del tutto indifferente il volere del creditore originario.

L'esame della normativa in commento sotto questo profilo conduce a qualche valutazione di merito e di opportunità.

Innanzitutto si osserva che l'autonomia contrattuale nel nuovo mutuo - in linea teorica illimitata - incontra necessariamente i limiti che derivano dalla volontà delle parti di utilizzare l'istituto della portabilità del mutuo.

Il legislatore del D.L. 7/2007 prevede al riguardo:

- il trasferimento del contratto di mutuo esistente;
- il subentro del mutuante surrogato nelle garanzie accessorie allo stesso.

Ne deriva che divengano elementi naturalmente immodificabili del mutuo preesistente:

1. - il soggetto passivo del rapporto (il debitore);
2. - l'ipoteca iscritta a garanzia del primo finanziamento, che mantiene intatte le sue caratteristiche, tra cui gli importi e la durata (per lo meno teorica) previsti al momento della sua iscrizione e, ovviamente, l'immobile cauzionale;
3. - le altre eventuali garanzie accessorie al primo finanziamento (ad esempio le fideiussioni concesse da terzi), nei loro contenuti soggettivi ed oggettivi (soggetti che prestano le garanzie e contenuto delle stesse).

A questo proposito, l'art. 1204 c.c. dispone che la surrogazione ha effetto anche contro i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore, con l'unica eccezione del pegno, per il quale vale la regola dettata dall'art. 1263 c.c. in materia di cessione del credito: il possesso della cosa data a pegno non può essere trasferito al cessionario del credito, senza il consenso del costituente la garanzia.

Il creditore subentra pertanto nelle garanzie reali accessorie al primo finanziamento, anche se concesse da terzi datori di ipoteca, e subentra anche nelle eventuali fideiussioni, da chiunque siano prestate, con la sola eccezione del pegno che segue regole proprie.

Ma *quid iuris* se le garanzie concesse da terzi, che rimangono invariate sotto il profilo dell'importo garantito, siano chiamate a garantire un debito di durata superiore rispetto a quella originariamente prevista?

Se tutto ciò rientra nella logica della portabilità del mutuo, come delineata dal legislatore, e corrisponde alla tutela degli interessi - economici - del debitore che la normativa si prefigge, ci si chiede tuttavia se la nuova disciplina sia compatibile con il pregiudizio che può derivare ai diritti dei terzi garanti.

Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il nuovo mutuo prolunghi la durata del piano di ammortamento originariamente previsto ed alla compressione che ne deriva al diritto del terzo datore di ipoteca di disporre legittimamente del suo bene alla scadenza della durata originariamente pattuita.

In altri termini, ci si domanda se il diritto del debitore alla portabilità del mutuo prevalga su e prevarichi l'altrettanto legittimo diritto del terzo garante a mantenere immutate le condizioni alle quali ha concesso garanzia. La tutela di quest'ultimo soggetto in dipendenza dal mutamento delle garanzie prestate, anche se solo nella durata delle stesse, non pare possa prescindere - nonostante il silenzio del legislatore al riguardo - dal consenso del garante, in analogia con quanto previsto per il pegno dall'art. 1263 c.c.

E' implicito comunque che il mancato consenso del terzo garante potrebbe incidere negativamente sulla fattibilità dell'operazione.

Le stesse osservazioni si possono fare per l'analoga problematica che può derivare nel caso di nuovo mutuo di importo diverso dal primo, o con diverse caratteristiche per durata, tasso, ecc.

L'immutabilità delle garanzie prestate - compresa l'ipoteca, con il suo importo determinato al momento della stipula del primo mutuo - è un dato col quale si devono "scontrare" le parti contrattuali del nuovo mutuo: l'ipoteca originaria è idonea a garantire solo alle vecchie condizioni convenute. Spetterà alle parti interessate decidere se il "di più" da garantire richieda altre garanzie accessorie o piuttosto induca a scegliere una strada diversa dalla portabilità.

Ci si domanda poi se rientri nell'autonomia contrattuale delle parti del nuovo contratto di mutuo il potere di modificare le garanzie accessorie al credito surrogato. La risposta è senz'altro positiva se si considera che si tratta di un nuovo contratto di mutuo, ma nel contempo non si deve dimenticare che, se si desidera utilizzare la cosiddetta portabilità del mutuo esistente per ricavarne i vantaggi economici connessi (essenzialmente la neutralità fiscale dell'operazione per il debitore), bisogna anche "accontentarsi" dei limiti di contenuto che derivano dal rapporto originario (debitore e garanzie).

Così, se la nuova banca non si ritenesse sufficientemente garantita dai suddetti dati immutabili - in particolare le garanzie - può richiedere garanzie ulteriori, ma è implicito che una nuova iscrizione di ipoteca è incompatibile col procedimento di portabilità del mutuo e di surroga disciplinato dal D.L. n. 7/2007 e segue invece le vie ordinarie.

Al contrario, se il debito residuo consente la liberazione anche solo parziale delle garanzie esistenti, nulla vieta che il creditore surrogato – al pari di quanto avrebbe potuto fare il creditore originario nella medesima situazione - consenta una restrizione di ipoteca o la liberazione di un fideiussore.

Il nuovo contratto di mutuo conterrà invece – conformemente alle motivazioni che inducono a progettare l'intera operazione - la "rinegoziazione" delle altre condizioni contrattuali, quali ad esempio l'importo del mutuo, la sua durata, la periodicità dei pagamenti prevista per il piano di rimborso, gli interessi, la normativa di riferimento (che potrebbe ad esempio tramutarsi dalla disciplina propria del credito fondiario a quello ordinario o viceversa, sempre che la disciplina di riferimento sia compatibile con la scelta che si intende fare).

LA FORMA DEL MUTUO, DELLA QUIETANZA E DELL'ATTO DI SURROGAZIONE: L'INTERVENTO DEL NOTAIO.

L'esame della forma dei negozi giuridici che concorrono a realizzare, col loro collegamento negoziale, la cd. portabilità del mutuo dipende direttamente dal contenuto richiesto dalla legge e/o da quello voluto dalle parti.

I requisiti essenziali di efficacia dell'istituto della surrogazione per volontà del debitore sono indicati nell'art. 1202 c.c.:

1. - sia il nuovo atto di mutuo che l'atto di quietanza devono avere data certa;
2. - il nuovo contratto di mutuo tra il mutuatario e la nuova banca, deve contenere espressa indicazione della destinazione della somma mutuata, finalizzata all'estinzione del finanziamento originario;
3. - l'atto di quietanza deve fare menzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata per il pagamento.

Per quanto riguarda in particolare i due ultimi requisiti, l'Agenzia del Territorio³⁷ osserva che la loro presenza è condizione necessaria – e come tale deve essere verificata - ai seguenti fini:

- a) per la configurabilità della fattispecie come surrogazione per volontà del debitore ex art. 1202 c.c.;
- b) per il conseguimento della relativa piena efficacia;
- c) per il riconoscimento del trattamento tributario di favore che l'art. 8 accorda alla fattispecie in esame.

Il **nuovo contratto di mutuo** tra il mutuatario e la nuova banca, deve contenere espressa indicazione di tutte le condizioni contrattuali negoziate e dovrà essere sottoscritto da entrambe le suddette parti. La nuova banca eroga la somma al mutuatario, necessaria per estinguere il debito precedente, indicandone la destinazione in atto ex art. 1202, comma 2, n. 2 c.c.; varia eventualmente le condizioni economiche del mutuo preesistente. Il contratto deve avere data certa, ma per esso non è richiesta alcuna forma autentica.

Non è quindi necessario l'intervento del notaio, ma a fronte di questa libertà di forma, vengono ovviamente meno le garanzie assicurate dall'intervento del notaio, quali il controllo dell'identità personale delle parti e dei rispettivi poteri di rappresentanza, il controllo di legalità, la verifica della conformità delle clausole contrattuali alla normativa vigente (es. codice del consumo, decreto 7/200/), l'efficacia esecutiva del titolo.

La **quietanza** del mutuo originario da parte della prima banca potrà rivestire qualsiasi forma (quindi anche quella della scrittura privata non autenticata), ma, per essere giuridicamente vincolante per il soggetto dichiarante ed opponibile ai terzi, dovrà necessariamente provenire da un soggetto munito del potere di rappresentanza dell'istituto bancario.

Se quindi la forma della scrittura privata non autenticata costituisce indubbiamente una semplificazione procedurale, è altrettanto vero, purtroppo, che in tal caso venga totalmente disattesa una corretta verifica dei poteri di rappresentanza.

E' quanto meno opportuno che la quietanza – che di per sé sarebbe soggetta all'obbligo di registrazione – sia per lo meno munita di data certa.

³⁷ Circ. n. 9 del 21 giugno 2007.

Nuovo contratto di mutuo e quietanza possono essere contenuti in atti separati tra loro collegati o anche in un unico documento, nel quale appunto, contestualmente al nuovo contratto con la nuova banca, si avrà intervento in atto del precedente creditore, al fine di prestare quietanza. In tale ultima ipotesi, l'Agenzia del Territorio³⁸ parla di titolo "composito, formato da due atti distinti ma inscindibili sotto il profilo sostanziale" ed entrambi necessari ai fini della "configurabilità della peculiare ipotesi di surrogazione disciplinata dall'art. 1202 c.c. e della eseguibilità dell'annotazione.

Il **consenso a surrogazione** da parte del primo mutuatario, richiesto ex art. 1202, comma 1, c.c. e dall'art. 8, comma 2 D.L. 7/2007, è l'unico atto per il quale è richiesta dalla legge la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, per essere titolo idoneo ai fini dell'annotazione prevista dall'art. 2843 c.c.³⁹

La necessità della forma autentica dell'atto non è derogata in nessuna previsione della novella legislativa e rimane quindi requisito imprescindibile per ottenerne la pubblicità.

Poiché l'annotazione avviene in danno del precedente mutuante, sembra necessario – per applicazione analogica degli artt. 2668, comma 3 e 2655, comma 4 c.c. - che quest'ultimo intervenga in atto al fine di far constare il verificarsi di quanto collegato ai due step precedenti.

L'annotazione deve essere eseguita d'ufficio dal conservatore, sulla base della presentazione di un titolo idoneo e – precisa l'Agenzia del Territorio⁴⁰ - "di una semplice richiesta scritta", sottolineando l'opportunità che rechi espressa indicazione del *nomen iuris* "surrogazione ai sensi dell'art. 8, comma 2, del D.L. 7/2007", utilizzando il codice d'atto generico "800".

In conclusione, si osserva una manifesta tendenza liberalizzatrice del legislatore verso l'assoluta libertà di forma dei vari atti – con la sola eccezione del consenso a surrogazione – nell'ottica della semplificazione e dell'economicità dell'operazione. Non ci si può esimere tuttavia dal rilevare che si tratta di un'ottica distorta, perché non focalizza il risultato che ne deriva di assoluta mancanza di garanzie sugli obiettivi perseguiti.

In altri termini, l'utilizzo delle forme minimali non certo imposte, ma consentite dal legislatore richiede e presuppone piena consapevolezza delle parti contrattuali sul diverso sostanziale risultato che si raggiunge.

Una scrittura privata non autenticata richiede l'intervento di un soggetto che abbia le conoscenze giuridiche per predisporla: se proviene da una delle parti non dà certo garanzie di imparzialità e men che meno le offre se tale soggetto predisponente sia il contraente forte del rapporto obbligatorio (nella fattispecie la banca). *Quid iuris* per il debitore, per definizione contraente più debole?

Allo stesso modo, una quietanza che non sia sottoscritta dal soggetto che abbia giuridicamente il potere di rappresentanza della banca da cui proviene e/o che non abbia data certa lascia aperto un significativo margine di rischio sulla sua validità, sulla sua efficacia, sulla sua definitività.

E ancora, *quid iuris* per il mutuante surrogato che si trovi ad avere un mutuo non solo magari privo di data certa, ma sottoscritto da un soggetto privo della capacità di intendere e di volere o della capacità negoziale o delle necessarie autorizzazioni che conferiscano i poteri di rappresentanza o della copia in forma esecutiva?

E' fin troppo evidente che il ricorso alla forma dell'atto pubblico (o della scrittura privata autenticata) e quindi all'intervento del notaio anche laddove tali requisiti formali non siano imposti con norma imperativa comporta dei costi economici diversi, ma offre anche un ben diverso risultato nella sicurezza di quel traffico giuridico.

La possibile frammentazione dei singoli atti in documenti cronologicamente e formalmente autonomi lascia aperto nuovamente un margine di incertezza sul perfetto conseguimento del risultato voluto.

E' facile osservare che la tanto declamata esigenza di liberalizzazione e di semplificazione che proviene dal legislatore contemporaneo si scontra inevitabilmente con la ben più pregnante esigenza di sicurezza nei traffici giuridici. Se in linea teorica la rinuncia a quest'ultima è ammissibile e corretta laddove ci sia piena consapevolezza delle parti interessate, alla prova dei fatti diventa un boomerang che produce effetti devastanti proprio su quel piano economico che lo stesso legislatore dichiara di voler tutelare.

³⁸ Cfr. Circ. 21 giugno 2007 n. 9.

³⁹ Ai sensi dell'art. 2843 c.c., la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per surrogazione devono essere annotati in margine dell'iscrizione dell'ipoteca e non hanno effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita. Dopo l'annotazione l'iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei diritti indicati nell'annotazione e le intimazioni o notificazioni che occorrono in dipendenza dell'iscrizione devono essere loro fatte nel domicilio eletto.

Per l'annotazione deve essere consegnata al conservatore copia del titolo, con le seguenti precisazioni:

a) la scrittura privata deve essere autenticata o accertata giudizialmente (art. 2835 c.c.);

b) l'atto formato in paese estero, debitamente legalizzato (art. 2837 c.c.).

⁴⁰ Cfr. Circ. 21 giugno 2007 n. 9.

E' implicito quindi che la scelta delle parti si risolve tra economicità dell'operazione – con inevitabile accollo di tutti i rischi connessi – o sicurezza del traffico giuridico – con inevitabile accollo dei diversi costi connessi.

COSTI DELLA SURROGAZIONE

Sotto un profilo prettamente notarile, l'atto di surrogazione è soggetto ad annotazione a repertorio con applicazione di un onorario in misura fissa, trattandosi di atto di valore indeterminabile.

La disciplina è stata parzialmente modificata con la **legge 28/1/2009, n. 2**, il cui art. 1 ha convertito il D.L. 29/11/2008, n. 185, introducendo il seguente **comma 1-bis nell'art. 2**: "Anche al fine di escludere a carico del mutuatario qualunque costo relativo alla surrogazione, gli atti di consenso alla surrogazione, ai sensi dell'art. 1202 del codice civile, relativi a mutui accesi per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale, contratti entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 185/2008, da soggetti in favore dei quali è prevista la rinegoziazione obbligatoria, sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese.

La disposizione prevede pertanto la gratuità dell'intervento notarile (con sola applicazione delle spese) limitatamente all'autentica di firma su atto di consenso (?) alla surrogazione di mutui per i quali ricorrano i seguenti requisiti:

- mutui *prima casa* (aventi per scopo l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale);
- mutui *contratti entro il 12/2/2009*;
- mutui per il cui mutuatario sia prevista la *rinegoziazione obbligatoria*.

La gratuità dell'intervento notarile è comunque limitata al solo atto di surrogazione, ossia al solo atto in cui è imprescindibile l'intervento del notaio, come si desume chiaramente dall'ulteriore previsione legislativa secondo cui:

- gli atti collegati alla surrogazione (ossia la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca) devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione;
- per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti al notaio, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente.

Si precisa al riguardo che tecnicamente non si tratta di "atto di consenso" alla surrogazione, quanto di espressione di volontà del debitore intesa a surrogare il nuovo soggetto mutuante nei diritti del precedente soggetto mutuante.

La previsione di gratuità della prestazione notarile, sia pure limitatamente all'autentica dell'atto contenente la surroga in senso stretto, è palesemente incostituzionale per violazione del diritto alla giusta retribuzione di cui all'art. 36 Cost.

In ogni caso, le banche e gli intermediari finanziari, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni, non applicano costi di alcun genere, anche in forma indiretta, nei riguardi dei clienti.

L'EFFICACIA DI TITOLO ESECUTIVO DEL MUTUO PREESISTENTE RISPETTO ALLA NUOVA BANCA MUTUANTE; IL RILASCIO DELLA COPIA ESECUTIVA.

Le disposizioni sul titolo esecutivo, nell'ordinamento giuridico italiano, sono dettate dal codice di procedura civile (artt. 474 ss.). La relativa disciplina ha subito una profonda modificazione in virtù dell'art. 2, comma 3, lett. e) del D.L. 14/3/2005, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, con L. 14/5/2005, n. 80, come modificato dall'art. 1 L. 28/12/2005, n. 263, a decorrere dal 1/3/2006.

Le novità concernono essenzialmente i seguenti punti:

- l'attribuzione di titolo esecutivo anche alla scrittura privata autenticata;
- l'attribuzione, sia all'atto pubblico che alla scrittura privata autenticata, della qualità di titolo esecutivo, anche per quanto riguarda le obbligazioni di consegna o di rilascio e non solo per le obbligazioni di somme di denaro come in precedenza.

L'art. 474, secondo comma c.p.c., disponendo che l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile, elenca anche i titoli esecutivi riconosciuti dal sistema giuridico italiano:

- 1) sentenze, provvedimenti e altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva,
- 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia;
- 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli.

L'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3).

L'attribuzione della qualità di titolo esecutivo anche alle scritture private autenticate è stata una scelta legislativa in contro-corrente rispetto a quella effettuata dal legislatore della Comunità europea che, col Regolamento (CE) n° 805/2004, costitutivo del titolo esecutivo europeo, ha riservato la qualifica di titolo esecutivo ai soli atti pubblici, oltre che alle misure giudiziarie e ciò in conformità con la sentenza 17/6/1999 della Corte di giustizia della CE (sentenza Unibank).

Si sottolinea inoltre il mancato coordinamento con la materia relativa alla consegna delle copie in forma esecutiva⁴¹, oltre che sui provvedimenti dell'autorità giudiziaria, ai soli atti pubblici, con obbligo di conservazione per il notaio e di annotamento sull'originale dell'avvenuto rilascio della copia in forma esecutiva.

Il mancato rispetto di queste disposizioni comporta l'applicazione di una pena pecuniaria da 1.000 a 5.000 euro.

Con riferimento al contratto di mutuo, il rilascio della copia in forma esecutiva al soggetto mutuante, con tutte le implicazioni nell'esecuzione forzata, è subordinato al verificarsi dei seguenti presupposti:

- quanto alla forma, allo stato attuale della normativa, può trattarsi indifferentemente di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, ma comunque, sempre di atto notarile;
- quanto alla sostanza: deve ovviamente trattarsi di contratto da cui scaturisca un'obbligazione di somme di denaro.

Nella portabilità del mutuo, ci si chiede se l'efficacia di titolo esecutivo del mutuo preesistente rimanga in tutta la sua valenza anche nei confronti della nuova banca mutuante.

La risposta discende ancora una volta dalla diversa natura giuridica che si attribuisce alla fattispecie della surrogazione per volontà del debitore.

Se si ritiene, come sembra ora far propendere il tenore letterale del comma 3-*bis* dell'art. 8 D.L. 7/2007, che si sia in presenza di una sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio e, quindi, di trasferimento del contratto di mutuo esistente, il contratto originario mantiene inalterata la sua efficacia giuridica, compresa la valenza di titolo esecutivo.

Di conseguenza, il creditore surrogato potrà far valere quel medesimo titolo esecutivo in un'eventuale esecuzione forzata, ma a tal fine dovrà necessariamente entrare in possesso della copia rilasciata in forma esecutiva al creditore originario.

Sotto questo profilo diventa fondamentale il dovere di collaborazione interbancaria da parte del creditore originario, che dovrebbe auspicabilmente concretizzarsi nella consegna al creditore surrogato della copia a suo tempo ad esso rilasciata in forma esecutiva. L'importanza di quel documento discende da un lato dal fatto che l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo (art. 474, secondo comma, c.p.c.) e dall'altro dal fatto che la copia in forma esecutiva è rilasciabile una sola volta per la stessa parte ai sensi dell'art. 476 c.p.c., salvo quanto disposto dalla medesima norma per il rilascio di altre copie in forma esecutiva.

Se si preferisce invece seguire la teoria che considera il nuovo contratto di mutuo come novazione del rapporto obbligatorio, con estinzione del rapporto precedente, è evidente che l'efficacia di titolo esecutivo del mutuo preesistente non sopravvive, ma è altrettanto evidente che il creditore surrogato necessiterà di una copia in forma esecutiva del nuovo contratto di mutuo, risultato questo raggiungibile solo se tale contratto rivestirà la forma richiesta a tale scopo (atto pubblico o scrittura privata autenticata).

Sotto questo profilo, quella libertà di forma, possibile per il nuovo mutuo ai sensi del D.L. 7/2007, si scontra contro la legittima esigenza del creditore surrogato di munirsi di un titolo esecutivo.

⁴¹ L'apposizione della formula esecutiva consiste nell'instestazione "Repubblica Italiana – in nome della legge» e nell'apposizione, sull'originale o sulla copia, della formula seguente: "Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti, di mettere a esecuzione il presente titolo, al pubblico ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti".

Potrebbe essere proprio l'incompatibilità di tale libertà di forma con l'efficacia di titolo esecutivo del nuovo mutuo a far propendere ancora una volta per la teoria che vede, nella surrogazione per volontà del debitore, una successione nel medesimo rapporto obbligatorio.

PENALI, SPESE ED ONERI PER L'ESTINZIONE DEL PRECEDENTE MUTUO E PER L'ACCENSIONE DEL NUOVO MUTUO.

L'art. 7 D.L. n. 7/2007.

In relazione all'estinzione del precedente mutuo, già l'art. 7 del D.L. n. 7/2007, con disciplina sua propria e distinta rispetto a quella del successivo art. 8, commina la nullità di ogni pattuizione, anche posteriore alla conclusione del contratto, incluse le clausole penali, poste a carico del mutuatario per l'estinzione anticipata, totale o parziale, dei seguenti mutui:

- a) contratti da un mutuatario persona fisica (che agisca o meno nell'esercizio di attività economica o professionale);
- b) mutui destinati all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari adibite alternativamente ad abitazione o allo svolgimento dell'attività economica (es. attività di impresa) o professionale del mutuatario (*non si parla di costruzione, né è specificato che debba trattarsi di prima casa o di abitazione principale*);
- c) mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del d. lgs. 122/2005.

Si tratta di una nullità parziale, ossia riferita alla sola clausola e non coinvolgente l'intero contratto, ed applicabile, per espressa previsione legislativa, ai contratti di mutuo stipulati a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge 7/2007, ossia dal 2/2/2007.

Non essendo questa la sede per una disamina più approfondita dell'intera disciplina dettata dall'art. 7, ci si limiterà ad osservare soltanto che tale norma si riferisce soltanto ai contratti di mutuo, con esclusione quindi di tutti gli altri finanziamenti, qualunque sia il soggetto mutuante. Il testo originario del D.L. 7/2007, che menzionava la "banca mutuante", è stato modificato in sede di conversione in legge nella dizione attuale, che è omnicomprensiva di tutti i soggetti mutuanti, compresi quindi anche quelli non bancari (enti previdenziali, finanziarie, soggetti privati).

I commi da 5 a 7 dell'art. 7 D.L. 7/2007 prevedono una procedura per la rinegoziazione dei mutui precedentemente stipulati, che contengano le suddette penali, ponendo in capo al mutuante un vero e proprio obbligo di rinegoziazione.

Il comma 1 dell'art. 7 è stato recentemente integrato dall'art. 2, comma 450, lett. a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), che ne ha esteso la portata anche ai mutui accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del d. lgs. 122/2005 (tutela degli acquirenti di immobili da costruire), ossia mutui originariamente stipulati dalla società costruttrice ed accollati ad un acquirente-mutuatario persona fisica.

Ne consegue che l'eventuale penale per l'estinzione anticipata originariamente pattuita e originariamente legittima diviene pertanto *nulla* (rectius inefficace⁴²) ai sensi della modifica introdotta all'art. 7, con efficacia dal 1/1/2008.

- Nullità dei patti che precludono o limitano la facoltà di surrogazione. - Onerosità della surrogazione

Il terzo comma dell'art. 8 D.L. n. 7/2007 commina la nullità di ogni patto, coevo o anche posteriore alla stipulazione del contratto di finanziamento, con cui si impedisca o si renda più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione previsto dal comma 1.

Si potrebbe trattare, ad esempio, di clausole che attribuiscono "alla banca creditrice il potere di opporsi alla surrogazione per timore di azioni revocatorie relative al pagamento o per altre cause", o ancora di "clausole penali o simili"⁴³

Il tenore letterale del terzo comma dell'art. 8 depone invece a favore della piena legittimità delle clausole contrattuali che limitino o impediscano l'adempimento del terzo, ai sensi dell'art. 1181 c.c.⁴⁴: nella

⁴² Cfr. PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile – secondo semestre 2007*, in www.gaeetanopetrelli.it.

⁴³ In tal senso PETRELLI, *Mutui ipotecari bancari: il nuovo decreto Bersani-bis*, cit., p. 118.

surrogazione per volontà del debitore disciplinata dall'art. 1202 c.c. – richiamato dal primo comma dell'art. 8 D.L. 7/2007 – infatti, l'adempimento dell'obbligazione originaria proviene dal debitore stesso e non direttamente dal terzo, essendo irrilevante nella qualificazione della fattispecie, il fatto che la provvista che il debitore utilizza per effettuare il pagamento al creditore originario provenga da un terzo.

Si tratta di un caso di nullità parziale a norma di quanto previsto dall'art. 1419, secondo comma, c.c.: la nullità del patto non importa la nullità del contratto, indipendentemente dalla volontà delle parti, in virtù della espressa previsione dell'art.8, terzo comma, D.L. n. 7/2007, che assurge pertanto al rango di norma imperativa a protezione degli interessi del contraente debole del rapporto obbligatorio (il debitore).

Ciò non esclude peraltro il fatto che la fattispecie configuri illecito disciplinare per il notaio ex art. 28 L.N.

Il **divieto di onerosità** nell'ambito dei rapporti bancari è poi ulteriormente ribadito dall'art. 8-bis del D.L. n. 7/2007, che stabilisce l'assoluto divieto di addebitare al cliente spese relative alla predisposizione, produzione, spedizione, o altre spese comunque denominate, relative alle comunicazioni di cui agli articoli 5, 7, 8 e 13, commi da 8-sexies a 8-terdecies, del D.L. 7/2007.

Con riferimento a quest'ultima norma, si segnala il relativo titolo "disposizioni a tutela dei cittadini utenti", che, utilizzando termini di riferimento diversi da quelli utilizzati nei precedenti artt. 7 e 8, fa sorgere dubbi legittimi sul suo ambito di applicazione⁴⁵. Proprio con riferimento a quest'ultimo, a differenza di quanto previsto nell'art. 8, la norma pare escludere i finanziamenti concessi dagli enti previdenziali, per il mancato richiamo dell'art. 13, comma 8-quaterdecies.

Sono pertanto da considerare nulli i patti che impongano al debitore spese relative all'operazione di surrogazione.

Ci si chiede invece se siano legittime le clausole che impongano **spese** per l'eventuale rinegoziazione o per il subingresso o variazione di intestazione, nonché per la previsione di commissioni di anticipata estinzione eventualmente sopravvissute alle previsioni dell'art. 7.

Appare opportuno prevedere l'inserimento, nei contratti di mutuo, di clausole di salvaguardia, che facciano appunto salva la normativa inderogabile prevista dal D.L. 7/2007, con riferimento sia al contenuto del contratto, sia al contenuto dei documenti ad esso allegati.

In mancanza di una disciplina transitoria dettata dal legislatore, a differenza di quanto previsto invece dall'art. 7 D.L. 7/2007, il dettato dell'art. 8, terzo comma, è riferibile non solo ai contratti di mutuo stipulati a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento, ma anche ai contratti di mutuo preesistenti. Ne consegue tuttavia, con riferimento a questi ultimi, che la sanzione di nullità non possa operare - stante la piena legittimità della clausola al momento di conclusione del contratto - e, pertanto, che si tramuti necessariamente in sopravvenuta inefficacia.

Merita poi un cenno anche la previsione del nuovo **comma 3-bis dell'art. 8 D.L. 7/2007**, a norma del quale la surrogazione *comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi.*

Ne deriva che le spese per la concessione del nuovo mutuo sono integralmente a carico del mutuante (e non del mutuatario!), così come le spese per gli accertamenti *ipocatastali* (anche se la legge impropriamente parla solo di accertamenti catastali).

Le spese per questi ultimi accertamenti possono essere eventuali, nel senso che è rimessa alla mera discrezionalità del nuovo creditore la verifica della situazione ipocatastale dell'immobile oggetto di garanzia ipotecaria. In altri termini, spetta al nuovo creditore decidere che tipo di tutela darsi nell'affrontare l'operazione che si sta analizzando, ossia se "fidarsi" della documentazione che dovrebbe essergli

⁴⁴ In tal senso PETRELLI *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile - primo semestre 2007*, in www.gaetanopetrelli.it, considerando "che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c., il pagamento avviene ad opera del debitore, sia pure con provvista ricavata da un finanziamento concesso da un terzo".

⁴⁵ Sul punto cfr. P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit. p. 518 ss.

consegnata dal creditore originario (perizia, relazione notarile preliminare e definitiva) oppure ripetere gli accertamenti anche per verificare il grado dell'ipoteca e la sua piena validità.

E' evidente che i costi sono diversi, ma è altrettanto evidente che è diversa la tutela giuridica.

Il riferimento al dovere di collaborazione interbancaria contenuto nel comma 3-*bis* dell'art. 8 D.L. 7/2007 fa nascere un preciso obbligo in capo al precedente creditore di consegnare al nuovo tutta la documentazione relativa all'istruttoria della prima pratica di mutuo e che sia rilevante ai fini del trasferimento del rapporto contrattuale (es. perizia, relazione notarile ipocatastale ventennale, relazione notarile definitiva, copia del contratto rilasciata in forma esecutiva). Si rileva tuttavia che si tratta di un obbligo di collaborazione la cui inosservanza è priva non solo di sanzione, ma anche di scadenze temporali per l'adempimento, il che lascia abbastanza facilmente prevedere che non ci si dovrà attendere alcuna particolare sollecitudine da parte del creditore originario.

Ci si è chiesti invece, soprattutto nei primi tempi di applicazione della normativa, se, nelle "spese e commissioni" e "costi connessi" per la concessione del nuovo mutuo rientri anche l'onorario notarile degli atti la cui redazione venga affidata ad un notaio.

La *ratio* della normativa è chiaramente nel senso di privilegiare la neutralità fiscale dell'operazione per il soggetto debole del rapporto obbligatorio (il debitore).

Il non chiaro dettato normativo al riguardo ha lasciato aperte le due diverse ipotesi, ma è evidente che un pagamento che provenga dal debitore potrebbe poi essere soggetto a ripetizione dell'indebitato, laddove le interpretazioni siano nel senso di privilegiare quella che appare più in linea con le finalità che il legislatore intende perseguire.

Si osserva che, già nel primo periodo di applicazione della norma, alcuni gruppi bancari (*in primis* Intesa-Sanpaolo) hanno pubblicizzando l'intera assunzione di tutti i costi - anche notarili - in capo all'istituto di credito. Ha confermato questa interpretazione, pur in assenza di una chiara ed esplicita disposizione al riguardo, il Ministero dello Sviluppo Economico con lettera del 17/3/2008 inviata all'ABI, che a sua volta l'ha trasmessa ai propri associati con lettera 15/4/2008, prot. CR/002205.

Si tratta di una scelta che appare in linea con l'esigenza di tutela avvertita dagli istituti bancari, che in tal modo sono arbitri nelle scelte delle modalità operative maggiormente garantiste a seconda delle caratteristiche delle singole operazioni.

In questa incertezza normativa è intervenuta la **Convenzione MEF-ABI** del 19/6/2008, la quale, anche se esplicitamente mirata a disciplinare la rinegoziazione obbligatoria dei mutui, si è occupata anche, episodicamente della portabilità.

L'art. 6, terzo comma, della convenzione accomuna infatti la rinegoziazione dei mutui alla portabilità nel dichiararle esenti da imposte e tasse di qualsiasi genere. Precisa poi che la clientele interessata:

a) non sostiene alcun costo amministrativo, ivi incluse commissioni bancarie, conseguenti alle operazioni di rinegoziazione e per tutta la durata residua del mutuo, anche sulle eventuali rate aggiuntive finali;

b) non sostiene altresì costi notarili, ove mai necessario l'intervento del notaio.

Nel perdurare di una situazione in cui alcuni istituti di credito, forti del loro potere contrattuale e di una normativa che lasciava aperto qualche spiraglio interpretativo - nonostante la sua evidente *ratio* - si prende atto di alcune prese di posizioni sollecitate sia alla Banca d'Italia che al Ministero dello Sviluppo Economico.

La **Banca d'Italia**, con nota del 22 /12/2008 indirizzata al Consiglio Notarile di Bari, chiamata ad esprimersi su una clausola contrattuale inserita dalla BNL nelle bozze-tipo di contratto secondo cui "le spese di perizia tecnica e quelle notarili verrebbero integralmente rimborsate dalla Banca alla parte mutuataria", si esprime nel senso che la normativa sulla portabilità dei finanziamenti ex art. 8, L. 40/2007 "non appare consentire l'apposizione di alcun onere economico, neanche di carattere temporaneo, a carico dell'utenza per l'esperimento della procedura di portabilità.

Sulla medesima questione si è espresso anche il **Ministero dello Sviluppo Economico**, con nota del 5 gennaio 2009 indirizzata al medesimo Consiglio Notarile, nella quale la modalità di rimborso delle spese relative all'operazione di surrogazione, indicata dalla predetta Banca, nella forma di anticipazione della parte mutuataria delle stesse spese, comprese quelle di perizia tecnica e notarili, a fronte delle relative fatture, non pare conforme alle disposizioni" in tema di portabilità del mutuo⁴⁶.

⁴⁶ Il Ministero dello Sviluppo Economico giunge alla suddetta conclusione sulla base delle seguenti previsioni:

- art. 2, comma 450, lettera c) della legge 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) che, modificando l'art. 8 del D.L. 7/2007, *esclude penali o altri oneri di qualsiasi penale* per il caso di trasferimento del contratto di mutuo esistente e stabilisce che *non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali*;

In questo contesto è puntualmente intervenuto ancora una volta il legislatore a fare chiarezza sul punto.

L'art. 2 del D.L. 29/11/2008, n. 185, convertito con modificazioni con legge 28/1/2009, n. 2, così dispone al comma 1-bis: "Anche al fine di escludere a carico del mutuatario qualunque costo relativo alla surrogazione, gli atti di consenso alla surrogazione, ai sensi dell'articolo 1202 del codice civile, relativi a mutui accesi per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale, contratti entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" (n.d.r. 12/2/2009) "da soggetti in favore dei quali è prevista la rinegoziazione obbligatoria, sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese. A tal fine, la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione. Per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente. In ogni caso, le banche e gli intermediari finanziari, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni, non applicano costi di alcun genere, anche in forma indiretta, nei riguardi dei clienti.

Più in generale, poi, il comma 5-quater dell'art. 2 D.L. 185/2008, sancisce l'**inderogabilità delle disposizioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7**, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, come modificato dal comma 450 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, comminando per la loro inosservanza, a decorrere dal 1/1/2009, le sanzioni pecuniarie di cui all'articolo 144, comma 4, del T.U.B. n. 385/93, ossia la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire cinquecento milioni.

Il legislatore dispone poi, contestualmente, che tali sanzioni sono destinate ad incrementare il Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, di cui all'articolo 2, comma 475, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e che, entro 60 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 185/2008 decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze, con proprio decreto, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, emani il regolamento attuativo del Fondo stesso.

SURROGAZIONE E DISCIPLINA FISCALE.

L'annotazione di surrogazione è normalmente soggetta all'imposta ipotecaria del 2%, ai sensi dell'art. 10 tariffa allegata al D. lgs. 347/1990. Se tuttavia il nuovo mutuo rientra tra i finanziamenti a medio e lungo termine per i quali si rende applicabile la normativa prevista dall'art. 15 del D.P.R. 601/1973, l'annotazione rientra tra le formalità esenti.

Ai sensi dell'art. 8, comma 4-bis, all'annotazione di surrogazione qui in esame non si applicano né l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del D.P.R. 601/73, né le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto, ossia imposta sostitutiva e le altre imposte da essa "sostituite" (registro, bollo, imposte ipotecarie e catastali, tasse sulle concessioni governative).

Poiché nell'elencazione dei tributi operata dal suddetto art. 15 non rientrano le tasse ipotecarie, l'Agenzia del Territorio⁴⁷, che si è occupata della problematica, conclude nel modo seguente:

a) esenzione non solo dall'imposta sostitutiva, ma anche dall'imposta ipotecaria e dall'imposta di bollo;
b) applicazione della tassa ipotecaria di cui al punto 1.1 della tabella delle tasse ipotecarie allegata al decreto legislativo 31/1/1990, n. 347 (attualmente Euro 35,00).

Nell'ipotesi tuttavia in cui il nuovo soggetto mutuante sia un soggetto non professionista e quindi non assoggettato alla disciplina del D.P.R. 601/1973, dovrebbe tornare applicabile l'imposta in misura ordinaria.

Con Circ. n. 12/T-96362 del 27 dicembre 2002, l'Agenzia del territorio ha affrontato la delicata questione della compatibilità delle formalità di annotazione per surroga, eseguite ai sensi dell'art. 2843 c.c., con il particolare regime tributario previsto dall'art. 15 del D.P.R. n. 601/1973.

Sul tema, la Direzione generale delle tasse e delle imposte indirette sugli affari, con risoluzione n. 400352 del 21 aprile 1989 espresse l'avviso che "le suddette formalità di annotazione, esplicitanti effetti

- della Convenzione MEF-ABI del 19 giugno 2008, secondo la quale *la clientela interessata alle operazioni di portabilità non sostiene costi notarili, ove mai necessario l'intervento del notaio.*

⁴⁷ Circ. 23 maggio 2007, Prot. n. 41076, e Circ. 21 giugno 2007, n. 9.

nei confronti di un terzo intervenuto per il pagamento del debito, dovessero ritenersi sottoposte al normale regime tributario, in quanto operazioni del tutto autonome e indipendenti rispetto al pregresso rapporto obbligatorio originato dal finanziamento”.

Ad avviso dell'Amministrazione finanziaria, accordando il beneficio fiscale ad un soggetto diverso da quello che ha richiesto il finanziamento, il beneficio stesso non verrebbe a favorire il finanziamento che il legislatore si è proposto di agevolare, ma procurerebbe, in ultima analisi, un vantaggio per la diversa operazione sottesa alla surrogazione nella garanzia del credito.

Detta linea interpretativa si fondava essenzialmente sui principi già espressi con risoluzione n. 271389 del 9 dicembre 1982 della Direzione generale, nella quale veniva, tra l'altro, affermato che "... presupposto per l'applicazione del regime sostitutivo è che il finanziamento venga concesso da un Istituto di credito, a ciò debitamente autorizzato, e che la garanzia ipotecaria, da chiunque concessa, sia direttamente connessa con l'anzidetta operazione di finanziamento”.

Tale orientamento, tuttavia, è stato per lo più disatteso dalla giurisprudenza di merito. La questione è stata definitivamente risolta con sentenza della Corte di Cassazione n. 4970 in data 8 aprile 2002. Con tale decisione, la Suprema Corte ha osservato che "... il presupposto per il riconoscimento del beneficio sull'annotazione delle surroghe è sempre costituito dalla circostanza che la surroga abbia la propria causa giustificativa in un finanziamento da parte di un'azienda ed istituto di credito che esercitano il credito a medio e lungo termine e che corrispondano, in luogo dell'imposta ordinariamente prevista, l'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 dello stesso decreto.

Sulla base della necessità della sussistenza di un rapporto di "inerenza", la Suprema Corte ha ulteriormente precisato che, mentre "l'agevolazione fiscale potrà essere - ad esempio - riconosciuta quando l'istituto di credito, concedendo un finanziamento per estinguere delle preesistenti obbligazioni garantite da ipoteca, si surroghi al creditore ipotecario", il beneficio "non potrà essere invece riconosciuto nel caso in cui la surroga avvenga a favore di un terzo per motivi non connessi ad una operazione agevolata, perché il solo fatto che l'ipoteca abbia inizialmente assistito un finanziamento a medio e lungo termine, ed abbia perciò goduto di agevolazione, non consente di trasmettere analogo beneficio a tutti coloro che subentrino, per ragioni diverse dal finanziamento a lungo e medio termine, nella garanzia stessa.". In ordine al citato indirizzo giurisprudenziale, l'Avvocatura generale dello Stato, con il parere n. 111917 del 15 novembre 2002, ha sottolineato che l'estensione del regime sostitutivo non è razionalmente giustificata quando la surrogazione "è dovuta al compimento di una operazione ... del tutto estranea alle previsioni normative, perché in questo caso il creditore ipotecario finirebbe per fruire indebitamente del beneficio fiscale per la sola circostanza, estrinseca e formale, di subentrare in una garanzia originariamente costituita per un rapporto agevolato."

L'Avvocatura generale dello Stato ha, quindi, concluso nel senso di confermare, "entro questi limiti ed a questa condizione, l'indirizzo espresso con risoluzione ministeriale 21 aprile 1989, n. 400352, secondo cui "nel concetto di pagamento di imposta sostitutiva relativa a finanziamenti devono intendersi ricompresi tutti i provvedimenti, atti e contratti inerenti all'operazione medesima, e non ... del tutto autonomi ed indipendenti rispetto al pregresso rapporto obbligatorio originato dal finanziamento”.

Ai sensi dell'art. 8, comma 4, la surrogazione per volontà del debitore e la ricontrattazione non comportano il venir meno dei benefici fiscali eventualmente riconosciuti.

L'attuale formulazione della norma, nel senso sopra esplicitato, è il risultato di un iter normativo che ha visto il susseguirsi di tre diverse formulazioni:

- 1° stadio: la prima versione della norma (decreto legge 7/2007) si riferiva solo alla surrogazione per volontà del debitore e faceva esclusivo riferimento ai benefici per la prima casa;
- 2° stadio: la legge di conversione ha soppresso il riferimento ai benefici prima casa;
- 3° e per ora ultimo stadio: l'art. 2, comma 450, della legge 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), entrata in vigore il 1/1/2008, ha esteso l'ambito di applicazione della norma anche alla ricontrattazione.

Ci si è chiesti quali siano esattamente i benefici fiscali cui la norma intende fare riferimento e si è rilevato che non possono essere:

- quelli legati all'acquisto della prima casa di abitazione (imposta di registro o imposta Iva in misura ridotta);
- quelli connessi all'imposta sostitutiva in misura dello 0,25%, trattandosi di trattamento ordinario e non agevolato (semmai è maggiorato quello fissato al 2%): tale imposta è infatti correlata alle finalità del finanziamento e non al mantenimento dello stesso per un certo periodo di tempo;
- quelli connessi all'estinzione anticipata del finanziamento prima che siano decorsi 18 mesi e un giorno dalla sua accensione, poiché le vicende del finanziamento non incidono sul trattamento fiscale dettato dall'art. 15 DPR 601/73.

Si potrebbe trattare⁴⁸, allora, della detrazione fiscale dalle imposte sui redditi degli interessi passivi sui mutui, prevista a favore del contribuente dall'art. 15, comma 1, lett. b) del TUIR⁴⁹. I benefici fiscali cui l'art. 8, comma 4, D.L. 7/2007 fa riferimento consisterebbero, quindi, nella possibilità di continuare a detrarre gli interessi passivi del mutuo, anche se sia stata effettuata la surrogazione per volontà del debitore ed anche in assenza delle condizioni richieste dal suddetto art. 1, comma 1 lett. b) del TUIR

⁴⁸ In tal senso PETRELLI, *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile - primo semestre 2007*, in www.gaetanopetrelli.it, nonché *Mutui ipotecari bancari: il nuovo decreto Bersani-bis*, in *Notariato*, 2007, 1, p. 119.

⁴⁹ L'art. 15, comma 1, del DPR 22/12/1986, n. 917 prevede la **detrazione** dall'imposta lorda sui redditi (**IRPEF**) degli **interessi passivi**, e relativi oneri accessori, nonché le quote di rivalutazione dipendenti da clausole di indicizzazione pagati a soggetti residenti nel territorio dello Stato o di uno Stato membro della Comunità europea ovvero a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti in dipendenza di mutui garantiti da ipoteca su immobili contratti per l'acquisto dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale entro un anno dall'acquisto stesso, per un importo non superiore a 4.000 euro. L'acquisto della unità immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. Non si tiene conto del suddetto periodo nel caso in cui l'originario contratto è estinto e ne viene stipulato uno nuovo di importo non superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati. In caso di acquisto di unità immobiliare locata, la detrazione spetta a condizione che entro tre mesi dall'acquisto sia stato notificato al locatario l'atto di intimazione di licenza o di sfratto per finita locazione e che entro un anno dal rilascio l'unità immobiliare sia adibita ad abitazione principale. Per abitazione principale si intende quella nella quale il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente. La detrazione spetta non oltre il periodo d'imposta nel corso del quale è variata la dimora abituale; non si tiene conto delle variazioni dipendenti da trasferimenti per motivi di lavoro. Non si tiene conto, altresì, delle variazioni dipendenti da ricoveri permanenti in istituti di ricovero o sanitari, a condizione che l'unità immobiliare non risulti locata. Nel caso l'immobile acquistato sia oggetto di lavori di ristrutturazione edilizia, comprovata dalla relativa concessione edilizia o atto equivalente, la detrazione spetta a decorrere dalla data in cui l'unità immobiliare è adibita a dimora abituale, e comunque entro due anni dall'acquisto. In caso di contitolarità del contratto di mutuo o di più contratti di mutuo il limite di 4.000 euro è riferito all'ammontare complessivo degli interessi, oneri accessori e quote di rivalutazione sostenuti. La detrazione spetta, nello stesso limite complessivo e alle stesse condizioni, anche con riferimento alle somme corrisposte dagli assegnatari di alloggi di cooperative e dagli acquirenti di unità immobiliari di nuova costruzione, alla cooperativa o all'impresa costruttrice a titolo di rimborso degli interessi passivi, oneri accessori e quote di rivalutazione relativi ai mutui ipotecari contratti dalla stessa e ancora indivisi. Se il mutuo è intestato ad entrambi i coniugi, ciascuno di essi può fruire della detrazione unicamente per la propria quota di interessi; in caso di coniuge fiscalmente a carico dell'altro la detrazione spetta a quest'ultimo per entrambe le quote. L'art. 1, comma 202, della legge 24/12/2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) ha elevato l'importo degli interessi passivi detraibili da Lire 7.000.000 ad euro 4.000,00.